TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO

(ORGANIZADORES)
ANGELA LIMONGI ALVARENGA ALVES
TAUÃ RANGEL
CELSO DA VEIGA JUNIOR
FERNANDO GREGÓRIO

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO

EDITORA MULTIFOCO
Rio de Janeiro, 2017

CONSELHO DO CAED-JUS

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)

SOBRE O CAED-JUS

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

❖ Democratização da divulgação e produção científica

❖ Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes

❖ Hall of fame com os premiados de cada edição

❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online

❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)

❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes

❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2017, o evento ocorreu entre os dias 05 a 07 de julho de 2017 e contou com 10 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos dez livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2017. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Juan Carlos Balerdi (Instituto Ambrosio L. Gioja – Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires) e Clarissa Brandão (UFF). O trabalho premiado foi de autoria de Ana Claudia Andreucci e Michelle Junqueira sob o título "Infância do consumo e o consumo da infância: reflexões sobre o 'totalitarismo consumista' e o incentivo à transgressão e à violência infantil na sociedade pós-moderna".

SUMÁRIO

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA E A CELERIDADE PROCESSUAL

Alana Caroline Mossoi
Adriane Haas

INTRODUÇÃO

Hodiernamente vive-se uma era de muitas modificações no âmbito do processo civil, tendo em vista a vigência prematura (de apenas 1 ano e 2 dois meses) do Código de Processo Civil de 2015.

Referida mudança vem acompanhada de muitos estudos e muitos questionamentos, estando dentre eles uma das mudanças mais significativas e causadora de discussões, que é a denominada estabilização da tutela concedida em caráter antecedente.

Segundo a intepretação gramatical do artigo referente à tutela, ter-se-ia a denominada estabilização da tutela nos casos em que o réu não se insurja da concessão da medida fazendo o uso do recurso cabível.

No entanto, tal inovação vem na contramão das diretrizes do referido código, uma vez que o mesmo prima pela celeridade processual, em vários aspectos, como na uniformização jurisprudencial, sendo que a necessidade de interposição de recurso aumentará o número de demandas a serem decididas em segunda instância.

Neste interim, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a possibilidade de se evitar a estabilização da tutela, mesmo sem a interposição de recurso, somente mediante a impugnação por simples petição, e desde que apresentada com documentos hábeis a demonstrar a modificação da situação de fato posta anteriormente, o que certamente tornará o processo mais célere e econômico para as partes.

1. CELERIDADE PROCESSUAL

1.1 CELERIDADE PROCESSUAL: REQUISITOS E LOCALIDADE ONDE O PROCESSO TRAMITA

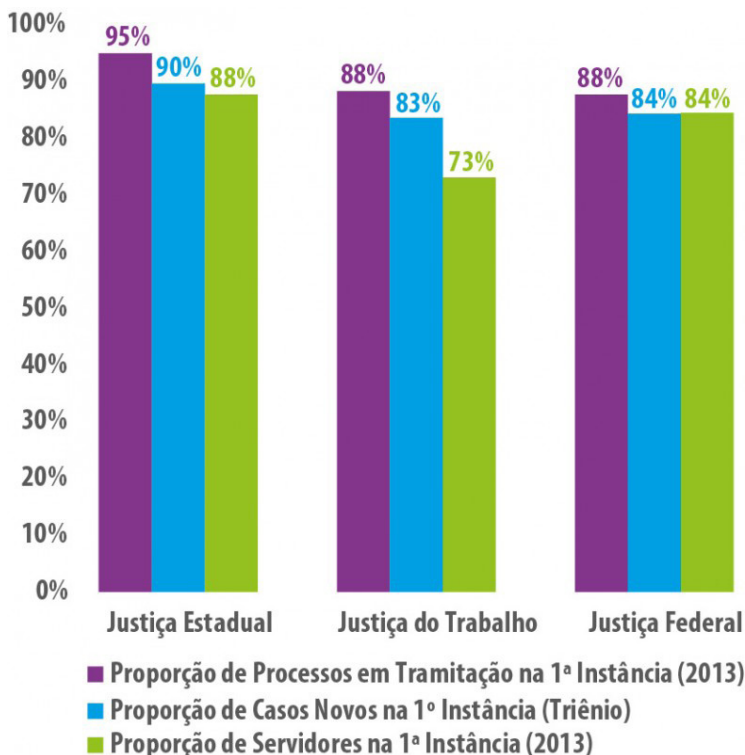
Muito se discute sobre celeridade processual, mas vários questionamentos existem para tratar do referido assunto. Como explicar o crescente aumento no acúmulo de demandas? Em quais processos ocorre uma maior dilação de tempo para deslinde da causa? Quais os requisitos a serem analisados para configurar a demora do trâmite processual?

Estas questões nos fazem refletir sobre a realidade do judiciário brasileiro no tocante à resolução de conflitos.

Os principais fatores a serem destacados inicialmente é a denominada *judicialização de conflito* bem como a tomada de consciência por parte dos jurisdicionados de seus direitos. (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 108).

Este fator ocasiona um considerável aumento no número de processos atualmente. Segundo pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na esfera do poder Judiciário, revelam que dos 95,1 milhões de processos que tramitaram no Judiciário brasileiro no ano de 2013, 85,7 milhões encontravam-se no primeiro grau, o que corresponde a 90% do total, demonstrando que a área que mais necessita de atenção é a esfera de 1º Grau da Justiça Estadual, conforme o gráfico abaixo[1]:

1. Conselho Nacional de Justiça. Dados Estatísticos: http://www.cnj.jus.br/progra-

Processos em Tramitação x Casos Novos x Servidores

Segundo a pesquisa supra, no ano de 2013, tramitaram 6,2 milhões de processos em segundo grau (excluídas as turmas recursais), dos quais foram baixados apenas de 3,3 milhões (53% do total). No segundo grau da Justiça dos Estados, tramitaram 3,8 milhões de processos e foram baixados 2,1 milhões (56% do total).

Referida pesquisa concluiu ainda que a taxa de congestionamento do segundo grau, é de 47%.

---

mas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao. Acesso em: 07 de junho de 2016.

Na pesquisa que ensejou o relatório, percebe-se que o Poder Judiciário como um todo enfrenta sérias dificuldades no quesito quantidade de processos, o que infelizmente prejudica todos aqueles que buscam o Poder Judiciário para ter uma solução das lides, de forma adequada e em um tempo razoável.

2. TUTELAS

2.1 TUTELA PROVISÓRIA

Segundo Medina (2016, p. 480) o código emprega a expressão "tutela provisória", como gênero, para designar as figuras acima referidas (tutelas de urgência e tutela de evidência).

Assim sendo, da análise de referida definição, tem-se que a tutela provisória é gênero que inclui todas as demais tutelas, quer sejam elas, de urgência e de evidência.

Outrossim, no mesmo sentido sustenta Nunes, (2015 p. 1), ser p*rovisória a tutela antecipada que dá, agora, o bem da vida vindicado. E é provisória porque está em oposição à tutela definitiva, que é a fixada em sentença proferida após a realização de atividade cognitiva exauriente.*

Didier (2016, p. 129-130) comunga da mesma ideia de provisoriedade de referida tutela, na medida em que sustenta que *falar em tutela provisória, é falar, valendo-se de uma elipse, em tutela prestada a título (= decisão) provisório.*

Desta feita, da análise dos posicionamentos, tem-se que a tutela provisória é aquela dada em sede de cognição sumária, utilizada ainda *para designar algo que durará apenas algum tempo, enquanto não prestada a tutela "definitiva"* (MEDINA, 2016, p. 484).

Contudo, vale consignar ainda que, segundo Yarshell (1999, p. 30) *referida tutela de "quem tem razão" não significa a aceitação da teoria concretista da ação, que, conforme*

sabido, sujeita a existência desse direito ou poder a uma vontade concreta do direito em favor do autor.

Neste sentido, tem-se, portanto, que poderá eventualmente existir provas concretas que afastem o direito supostamente existente no juízo de cognição sumária que culmine na revogação da tutela provisória.

2.2 TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA

Para Medina, (2016, p. 480) é *considerada a tutela de urgência como gênero, e as tutelas cautelar e antecipada podem ser consideradas suas espécies.*

Assim sendo, verifica-se que a tutela provisória é dividida em tutela de evidência e de urgência, sendo que esta última é gênero das tutelas antecipadas e cautelar.

A tutela de urgência é aquela, concedida, portanto, nos termos do art. 300 do CPC quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Entende-se como perigo de dano e perigo de demora como sendo:

> (...) em sentido amplo, seja para afirmar que a tutela de urgência é concedida para se evitar dano decorrente da demora processual, seja porque se está diante de uma situação de risco, a impor a concessão de medida de dano iminente (MEDINA, 2016, p. 496).

Neste sentido, tem-se que perigo de dano e perigo de demora ocorre efetivamente quando se está em uma situação de risco que deve impor a concessão da medida, sob pena de perda de efetividade momentânea da mesma.

Já a tutela de evidência é entendida como:

> (...) tutela de evidência sem urgência ou tutela de evidência pura, que corresponde "à tutela de um direito que, de tão claro, impede a uma rápida proteção jurisdicional", hipótese em que "embora não haja o risco de dano à esfera jurídica do autor (grau nenhum) ou embora este risco seja desprezível (grau mínimo), o juiz decide conceder a tutela em face da certeza ou quase certeza do direito alegado (grau máximo) (MEDINA, 2016, p. 528).

Neste diapasão, constata-se que evidente seria, portanto, algo que não dependeria de prova em alguns casos, existindo apenas a urgência em referida modalidade.

Esta modalidade de tutela é novidade no CPC e está inserida no art. 311 do códex.

Segundo o artigo supra, conceder-se-á a tutela de evidência quando ocorrer abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte, tese jurídica pacificada na jurisprudência sobre os fatos comprovados documentalmente, pedido reipersecutório fundado em prova documental do contrato de depósito e não oposição de prova, pelo réu, capaz de gerar dúvida razoável a respeito de fatos constitutivos comprovados documentalmente pelo autor.

Tem-se como um bom exemplo quando o autor propõe uma ação para obter a restituição de uma taxa que, em sede de recurso repetitivo, foi reconhecida como devida. Assim sendo, ante a uniformização almejada pelo código, antecipa-se a tutela, que é evidente, em razão da tese firmada em recurso repetitivo.

Segundo Lupetti, (2016, p. 1), outro exemplo

> (...) é quando o réu, litigante habitual do Judiciário, apresenta defesa-padrão fundamentada em

> jurisprudência ultrapassada e em leis declaradas inconstitucionais, além de não apresentar impugnação específica, contestando pedidos que sequer constam da petição inicial e requerendo a produção de diversas provas. Por que o juiz precisa observar todos os procedimentos processuais e marcar audiência de instrução e julgamento, se, obviamente, a intenção da defesa e dos pedidos de provas representam abuso do réu? Em caráter sancionatório e diante do evidente propósito protelatório, o juiz pode antecipar a tutela.

Neste sentido, verifica-se uma preocupação da lei em manter, a jurisprudência dos tribunais estável, a fim de viabilizar a utilização e aplicação da tutela da evidência, e por consequência a tão sonhada celeridade processual.

2.3 TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR

Nos dizeres de Medina (2016, p. 480) *"a tutela antecipada, assim, tal como a tutela cautelar, é considerada modalidade de tutela de urgência, sendo que a tutela antecipada é por sua vez satisfativa, ou seja, permite a sua fruição imediata dos efeitos do possível acolhimento do pedido ".*

Neste sentido, verifica-se que a tutela antecipada existe para que a parte possa fruir do seu direito sem aguardar o prolongamento do processo do tempo, vez que, conforme já exposto, infelizmente o Poder Judiciário não consegue dar uma solução a lide em um tempo razoável.

Outrossim, tem-se que *a rigor a tutela antecipada, apenas antecipa efeitos da própria tutela, não havendo ampliação do objeto litigioso, já a tutela cautelar contém pedido diferente do pedido "principal", objeto litigioso próprio* (MEDINA, 2016, p. 480).

Nos dizeres de Lupetti, (2016, p. 1), tem-se como exemplo:

> o pedido de internação para a realização de cirurgia emergencial. Uma vez obtida a tutela cautelar, o direito material estará satisfeito, pois o cliente, que já foi internado e operado, sairá do hospital sem desejar nada além do que já obteve — a não ser, a confirmação da tutela, que deverá ser transformada de provisória em definitiva, a fim de evitar que a seguradora de saúde cobre dele os custos da internação e da cirurgia.

Da análise de referida definição, constata-se efetivamente que a tutela antecipada concede o que a parte requer ao final do trâmite processual. Já na tutela cautelar, a parte busca algo que não é o objeto principal da demanda, mas sim o meio para alcançar o mesmo.

Como por exemplo de tutela cautelar, cita-se o caso de um acidente de trânsito, em que a única testemunha é uma senhora de idade que está sendo acometida por *mal de Alzheimer*. Neste caso, necessita-se da oitiva da senhora, sob pena de se perder a única prova em eventual ação de reparação de danos contra o causador do acidente.

2.4 TUTELA ANTECEDENTE E TUTELA INCIDENTAL

Segundo o art. 303 do CPC, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, à petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Outrossim, corroborando com referida situação tem-se o entendimento de Medina (2016, p. 512) onde sustenta que, na

tutela antecedente o que se requer é a antecipação dos efeitos da tutela final, cujo pedido respectivo é, num primeiro momento, indicado, e deve posteriormente ser confirmado.

Nos termos da nova legislação tem-se, portanto, que a parte antes de efetivamente discorrer sobre o seu direito e fundamenta-lo, poderá requer apenas o que lhe for urgente, e depois lhe será oportunizado a emenda inicial, para no prazo de 15 (quinze) dias, complementar a sua argumentação, juntar documentos novos e confirmar o pedido de tutela final (Art. 303).

Importante ressalvar que na tutela da evidência somente existe medida em caráter antecedente, nos incisos II e III do art. 311, pois, nas demais a pretensão está relacionada com a antecipação da sentença, sendo que desde o início do processo, a pretensão já foi elaborada visando uma sentença de mérito e sem urgência.

Já em contrapartida a tutela concedida em caráter incidental, é aquela em que se verifica a suposta urgência no decorrer do processo, ou seja, já está instaurada a lide principal, mas surge uma situação de urgência que possibilita a concessão de uma tutela.

Um exemplo prático, seria no caso do acidente de trânsito, já citado, onde a parte já ingressou com a ação, mas no prazo do réu contestar, ou seja, anteriormente a instrução processual, a única testemunha que é a senhora de idade e acometida de *mal de Alzheimer*, havendo urgência em inquiri-la naquele momento processual, pois não se poderá aguardar até a realização da audiência de instrução.

3. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA

O Código de Processo Civil inovou em muitas situações o ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, um dos pontos que mais merece atenção e estudo é a denominada Estabilização da Tutela, inserida no art. 304, *caput*, que está assim

redigido: *Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que conceder não for interposto o respectivo recurso.*

Conforme já exposto no item supra, o CPC prevê a possibilidade da estabilização da tutela nos casos da concessão da tutela antecipada, que é aquela concedida antes de aforada a ação principal, ou seja, baseia-se na urgência e com posterior aditamento da inicial, no prazo de 15 (quinze) dias (ou maior se assim entender o magistrado).

Na referida modalidade, antecipam-se os efeitos que somente seriam obtidos ao final do processo, visando a efetivação dos Princípios Constitucionais da Celeridade Processual e da Razoável Duração do Processo.

Assim sendo, tem-se que:

> (...) se a medida assim requerida (de modo antecedente) e deferida não for confrontada pela parte contraria pelo recurso cabível, qual seja o agravo de instrumento, ela se estabiliza, isto é, conservará os seus efeitos práticos, independentemente da complementação da petição inicial e da defesa do réu. Sintetizando: se manterá no sistema, a despeito do exame mais profundo do mérito (ATCHABAHIAN, 2015, p. 3).

Desta feita, tem-se que a estabilização da tutela ocorre quando se dá a concessão da antecipação da tutela sem a insurgência da parte contrária por meio de recurso cabível, quer seja o Agravo de Instrumento.

Medina informa que embora não existisse previsão legal para referido instituto na vigência do CPC de 1973, doutrina e jurisprudência admitiam amplamente a mesma, sendo incluída no CPC de 2015, de forma expressa e intitulada como "cautelares satisfativas": *pode-se falar em tutela satisfativa:*

em razão da sua irreversibilidade de seus efeitos e porque suficiente em si mesma, tornando irrelevante a apresentação de pedido "principal". (MEDINA, 2016, p. 516).

A tutela antecipada por sua vez, segundo DIDIER. 2009:

> (...) é aquela concedida apenas com a cognição sumária, o que impõe limitação no debate e na investigação dos fatos da causa pelo juiz e pelas partes: o exame dos fatos e o debate são superficiais, razão pela qual, normalmente, a decisão judicial aqui não formaria a autoridade da coisa julgada material (DIDIER, 2009, p. 451).

Tem-se como exemplo de tutela satisfativa, a liminar na busca e apreensão do filho, no caso de um dos cônjuges não cumprir o prazo estipulado para visitas.

Em não havendo a devolução do filho até o horário previsto e a consequente efetivação da busca e apreensão, não haveria necessidade do prosseguimento da ação, sendo a tutela um fim em si mesma.

Contudo, caso referida busca e apreensão fosse efetivada e o cônjuge que estivesse na posse do filho, até então por um motivo justo, porque haveria necessidade de interposição de recurso para evitar-se as penalidades decorrentes do seu ato, se o próprio magistrado pudesse revogar a decisão dada anteriormente por ele?

Trata-se de um assunto de extrema complexidade e divergência que passará a enfrentar o ordenamento jurídico a partir da vigência do CPC de 2015 e será abordado nos tópicos seguintes.

3.1. COMO SE EVITAR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA?

Conforme já exposto, o CPC prevê a modalidade da estabilização da tutela, mas ao mesmo tempo prevê a possibilida-

de de que a mesma não seja efetivada, valendo-se do recurso cabível, ou seja, o Agravo de Instrumento.

Referida possibilidade está assim inserida no *caput* do art. 304 do CPC que deve ser analisado em conjunto com o art. 1.015, assim transcrito: *Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) Tutela provisória;*

Vale ressaltar ainda, que segundo corrente majoritária da doutrina e dentre eles Medina, (2016, p. 1500) *o agravo de instrumento é admissível somente em casos previstos em lei (taxatividade do cabimento do agravo de instrumento).*

Assim sendo, de uma análise gramatical do referido artigo, percebe-se a necessidade da interposição de agravo de instrumento para evitar a denominada estabilização da tutela.

Contudo, de uma análise sistemática do código como um todo, deve-se admitir depois de passado o momento para a interposição do recurso cabível (CPC, art. 304, caput) e antes de o magistrado extinguir o processo (CPC, art. 304, § 1o), pode sobrevir a defesa do réu (por meio de contestação, reconvenção, embargos de declaração, pedido de reconsideração etc.) e com ela o juiz pode se convencer da ausência do direito pleiteado pelo autor ou da falta de perigo de dano (CPC, art. 300, caput).

Tal situação, bem como qualquer outra que descaracterizar a inércia do réu (como a ausência de aplicação do efeito material da revelia, quando houver impugnação por parte do assistente ou de um dos litisconsortes passivos e a defesa for comum a eles) pode impedir a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

3.2 NECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Conforme já exposto nos itens supra, o principal problema enfrentado pelo Poder Judiciário hoje é o acúmulo de

demandas, sendo que os recursos ocasionam um dispêndio de tempo muito maior no trâmite dos processos.

Contudo, o Código de Processo Civil que veio com o intuito de tornar o processo mais célere, está, ao mesmo tempo, tornando o Poder Judiciário mais defasado como um todo. Neste mesmo sentido sustenta Didier Junior, (2016, p. 124):

> A necessidade de interposição de agravo de instrumento para evitar a estabilização da tutela antecipada reduz ou posterga a atividade jurisdicional da instância originária, mas, em contrapartida, aumentará o número de recursos e, consequentemente, o volume de trabalho dos Tribunais, podendo, assim, refletir negativamente sobre a taxa de congestionamento processual em segunda instância.

Outrossim, vale ressaltar ainda, que deverá ocorrer um aumento na demanda de trabalho das pessoas que fazem parte do judiciário de primeira instância. Explica-se.

Ante o recebimento da informação de interposição de recurso no tribunal, o juízo será instado a manifestar-se para realizar eventual juízo de retratação.

É sabido que os juízes possuem uma equipe que pré-analisa os processos, e que por este motivo, terão um maior número de juízos de retratação para realizar em caso de eventual juntada de documentos que coloquem em dúvida a concessão da tutela antecipada antecedente, além do acúmulo de outros processos, ocasionando a não efetivação da celeridade e razoável duração do processo.

Contudo, vale ressaltar ainda, a garantia constitucional do acesso à justiça, também denominada de princípio da inafastabilidade da jurisdição, que está consagrada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, assim transcrito:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Além da Constituição Federal, o artigo 8º da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, também garante:

> Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Desta feita, tem-se que o acesso à justiça é uma garantia constitucional, sendo inclusive elevado a uma prerrogativa de Direitos Humanos, revelando tamanha sua importância.

Para Bulos (2007, p. 482), *o objetivo da garantia constitucional do acesso à justiça é "difundir a mensagem de que todo homem,* ***independente de*** *raça, credo,* ***condição econômica****, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade*.

No entanto, não há como não se ferir o Princípio da Economia em face do grande número de pessoas que acessam o poder judiciário graças à garantia da concessão da gratuidade judiciária.

Neste mesmo passo, verifica-se a concordância de Borges, 2016:

> (...) ao sustentar ser comum notar no âmbito do Judiciário lides que se arrastam por anos a fio, sem qualquer resolução por conta da natural burocracia do serviço público associada às dilações recursais procrastinatórias que dificultam o resultado do próprio litígio para uma das partes, não atentando, o sistema, para a economia e celeridade no curso do processo. (BORGES, 2016, p. 3).

Então surge uma pergunta: quem irá custear as pessoas que necessariamente ingressarão laborando no Poder Judiciário em face do acúmulo de demanda, se hoje há um crescente número de pessoas com benefício da gratuidade e que certamente ingressarão com recurso junto ao Tribunal de Justiça respectivo?

A resposta é simples: não haverá recursos suficientes para a contratação de funcionário e por consequência, haverá o descumprimento do Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo e a taxa de congestionamento dos processos só tenderá a aumentar.

3.3 IMPUGNAÇÃO DA TUTELA MEDIANTE SIMPLES MANIFESTAÇÃO

Como evitar o número elevado de processos que desaguarão no Poder Judiciário de segunda instância em face da premente necessidade de interposição de recurso da concessão das tutelas?

Neste sentido surge uma incógnita: porque não evitar a estabilização da tutela com uma simples manifestação/impugnação da parte que está sofrendo os efeitos da concessão da tutela no próprio juízo que a concedeu?

Será que a estabilização decorreria só da falta de apresentação do recurso, como indica a literalidade do art. 304 do novo CPC, ou se poderia estender a perspectiva em razão, por exemplo, de apresentação de pedido de suspensão de liminar

previsto em lei especial (Leis 8.437/92 e 9.494/97) ou de reclamação (art. 988, CPC)?

Está é a incógnita de muitos, dentre eles Machado (2015, p. 2) que questiona se *poderia o legislador ter previsto que caberia ao réu uma petição de impugnação, uma "mini-contestação", para evitar a estabilização? Sim, poderia. Mas não o fez. Preferiu exigir em bom português a interposição de um recurso. Talvez porque pretendesse combater a ociosidade de nossos tribunais... nunca se sabe!*

De uma simples análise gramatical e literal do art. 304 do CPC e do entendimento acima exposto, poderia se crer que apenas a interposição do "recurso" contra a decisão que conceder a tutela de urgência, na modalidade antecipada, no âmbito do procedimento preparatório (art. 303, novo CPC), seria hábil a evitar a estabilização.

Nessa linha, a falta de interposição do agravo de instrumento leva à estabilização, independentemente do pedido de suspensão de liminar ou de reclamação, com o que estes eventuais mecanismos processuais teriam de ser extintos por perda de objeto.

Na contramão da referida alegação, Andrade (2015 p. 16) sustenta:

> (...) outra interpretação que se pode vislumbrar é exatamente no sentido contrário: tanto o pedido de suspensão de liminar como a reclamação, apesar de não se enquadrarem propriamente como recurso, constituem meios de impugnação de decisão judicial e, com isso, produziriam efeito semelhante ao do recurso, de modo que nestes casos, mesmo sem a apresentação do recurso propriamente dito (agravo de instrumento) evitarse-ia a estabilização prevista no art. 304 do novo CPC. E mais: poderia não haver a estabilização se o réu não interpusesse

> o agravo de instrumento mas contestasse o procedimento? Tal perspectiva já foi, inclusive, defendida recentemente em doutrina, no sentido de que a contestação ou manifestação no sentido da realização da audiência de conciliação/mediação, no prazo do recurso, surtiria o mesmo efeito de impedir a estabilização da tutela antecipada.

Numa análise inicial, tem-se portanto, que doutrina e jurisprudência irão convergir no sentido de que havendo alguma impugnação, que seja em relação à concessão da tutela antecedente, esta não se tornará estável, possibilitando inclusive uma revogação da mesma, vez que se passaria a tratar de procedimento de cognição exauriente, permitindo que o próprio réu convole o procedimento no principal, sem a estabilização da tutela, eliminando a linha de estabilização indicada no novo CPC, que passaria a depender não mais só da averiguação do recurso, mas de uma falta geral de impugnação do réu.

Neste sentido, deve-se considerar que em havendo manifestação de parte adversa do processo, manifestação contrária à concessão da estabilização da tutela, ou até mesmo juntando aos autos provas ou documentos que coloquem em dúvida a concessão da medida, devem ser analisados e, caso sejam convincentes e verdadeiros, devem servir para que o juízo possa realizar um juízo de retratação no que se refere à concessão da tutela, evitando-se, por conseguinte, a sua estabilização.

Tal entendimento encontra respaldo na tímida jurisprudência, quando observa-se o julgado abaixo colecionado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE - ENTREGA DE COISA - LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DO AGRAVANTE - ALE-

> GAÇÕES QUE AINDA NÃO FORAM APRECIADAS PELO JUÍZO A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO EM SEDE RECURSAL, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTA INADMISSIBILIDADE. ART. 932, III, DO CPC. RECURSO HÁBIL, ENTRETANTO, A EVITAR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA (ART. 304, CPC). RECURSO NÃO CONHECIDO. (Processo nº 1609352-8, Rel. Ministro Mario Nini Azzolini, 11ª Câmara Cível, julgado em 25/11/2016, DJ 01/12/2016).

Da análise do referido julgado, verifica-se a necessidade de análise do juízo de primeiro grau, de toda a matéria alegada pela parte contrária para evitar a estabilização da tutela, e só então permitir a utilização do recurso cabível, caso as partes sintam-se prejudicadas.

Já no que se refere aos gastos com funcionário, vale consignar que, existindo a possibilidade de impugnação existirá apenas a necessidade da contratação de funcionário de primeira instância, que recebem menos que os de segunda instância, o que irá defasar em menor número os cofres públicos nacionais.

Insta salientar ainda, um outro ponto de extrema relevância: a denominada ociosidade dos tribunais.

Como bem sabemos, os Tribunais, adoram criar meios para evitar que recursos batam as suas portas. O maior exemplo disso são as denominadas jurisprudências defensivas.

Segundo Freitas (2015, p. 1), entende-se por jurisprudência defensiva:

> (...) o posicionamento dos tribunais, especialmente os superiores (STF e STJ), que coloca aspectos puramente técnicos ou excessivamente formais como obstáculo para o exame de mérito dos recursos. Tal

> comportamento possui um propósito claro, que é desafogar as cortes diante da enorme quantidade de processos que chegam diariamente para julgamento.

Assim, o CPC atribui um maior dever aos Tribunais de receber os recursos e analisa-los.

No entanto, quem garante que o Tribunal não irá manifestar-se no sentido de ser necessário um juízo de retratação pelos magistrados de primeiro grau, anteriormente, no caso de adotar a possibilidade de impugnação mediante simples petição?

Estas são dúvidas que somente serão cristalizadas com a prática do Novíssimo Código de Processo de 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, em uma linguagem simples e corriqueira, verifica-se que a concessão da tutela provisória de urgência antecipada antecedente é aquela que antecipa os efeitos que somente seriam concedidos na sentença.

Tal concessão deve possuir como requisitos norteadores a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme art. 300 do CPC.

Após concedida a tutela, a mesma deveria, segundo disposto no art.304 do CPC ser contraditada pela interposição do respectivo recurso, que nos termos do art. 1.015 seria o agravo de instrumento.

No entanto, em face dos princípios da razoável duração do processo e da economia processual bem como da intepretação sistemática do Código de Processo Civil, verifica-se a possibilidade de impugnação da concessão da tutela mediante a simples apresentação de petição e documentos que comprovem a modificação do estado anterior.

Referida impugnação poderá, desta feita, ser reconhecida pelo magistrado em eventual juízo de "retratação" e sem a ne-

cessidade e interposição do recurso cabível, quer seja o agravo de instrumento, eis que a submissão de muitos recursos em segunda instância, certamente ocasionará um acréscimo no número de demandas e poderá gerar um maior congestionamento de processos no tribunal para serem julgados, tendo como consequência negativa a demora na prestação jurisdicional e o comprometimento da garantia constitucional da duração razoável do processo, o que deve ser evitado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Érico. NUNES, Dierlei. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o "mistério" da ausência de formação da coisa julgada.** Disponível em: < http://www.tjmg.jus.br/data/files/D9/E6/05/4D/8D17D410B7C917D40D4E08A8/Tutela_Provisoria_e_estabilizacao.pdf < Acesso em: 08 de agosto de 2016.

ATCHABAHIAN, Marina Vessoni. **Novo CPC define regras para estabilização da tutela antecipada**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-nov-17/marina-vezzoni-cpc-regrou-estabilizacao-tutela-antecipada > Acesso em: 19 de julho de 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Ed. JusPodivm, 2015. 855 p.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos**: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao. Acesso em: 07 de junho de 2016.

BORGES, Alécio Dantas. **A celeridade processual no novo CPC**. Disponível em: http://virnalima20.jusbrasil.com.br/artigos/317221324/a-celeridade-processual-no-novo-cpc Acesso em: 29 de setembro de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 482.

DIDDIER JUNIOR, Fredie. **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Ed. JusPodivm, 2016. 855 p.

FREITAS, Theonio. **O novo CPC e a jurisprudência defensiva.** Disponível em: http://theofreitas.jusbrasil.com.br/artigos/183848391/o-novo-cpc-e-a-jurisprudencia-defensiva. Acesso em: 29 de setembro de 2016.

JÚNIOR, Nelson Nery (org). **Vade mecum RT**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6714-8. 2270 p.

LUPETTI, Bárbara. **Como diferenciar as tutelas de urgência e da evidência no novo CPC.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-03/barbara-lupetti-tutelas-urgencia-evidencia-cpc> Acesso em: 27 de julho de 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Novo CPC, tutela antecipada e os três pecados capitais**. Disponível em: http://jota.uol.com.br/novo-cpc-tutela-antecipada-e-os-tres-pecados-capitais. Acesso em: 29 de setembro de 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.** Ed. Revista dos Tribunais, 2016. 1.805 p.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade> Acesso em: 07 de julho de 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional.** São Paulo. Ed. Revista Jurídica Atlas 1999. 202 p.

SOCIEDADE CIVIL, NOVAS INSTITUCIONALIDADES E TRANSFORMAÇÕES NA SOBERANIA ESTATAL

Angela Limongi Alvarenga Alves

INTRODUÇÃO

A soberania constitui tema situado entre o político e o jurídico e se sujeita às influências de fatores econômicos e do meio social em que se insere. É capaz de influenciar e ser influenciada pelos valores deles decorrentes, permitindo assim inúmeras abordagens distintas (MÔNACO, 2008).

Além disso, a soberania vem sofrendo diversas reformas, desde as suas primeiras teorizações. Essas (re)formulações, em grande medida, confluem em tentativas de explicar o seu conceito, adequando-o ao conteúdo prático. Assim, o presente artigo analisa a soberania estatal na atualidade sob a perspectiva da Teoria do Estado em que há, por certo, estreita relação entre o direito, o Estado e a soberania.

A partir das transformações engendradas pela globalização no direito atual, especificamente no que diz respeito à perda do monopólio normativo pelo Estado, a exclusividade do Estado na produção do direito resta profundamente afetada. A emergência de novos atores a interferir no direito dos Estados, impõem a compreensão de novos paradigmas para a noção de soberania.

Por tudo isso, verifica-se que as transformações sofridas pela soberania não foram capazes de resolver a conflituosidade existente entre a sua significação mesma e o seu conteúdo prático. Assim, o presente artigo analisa a reformulação da soberania diante das transformações plasmadas pelo direito atual. Objetiva-se identificar e compreender a soberania na atualidade, bem assim, os novos sujeitos e paradigmas que a permeiam, de forma a conduzir a novas institucionalidades.

1. SOBERANIA ESTATAL: CONCEITO E SIGNIFICAÇÕES POSSÍVEIS

A doutrina clássica da soberania foi elaborada ao longo de séculos por teóricos, clássicos da política, como Jean Bodin (no ano de 1576), Thomas Hobbes (no ano de 1651), Charles Montesquieu (no ano de 1748), Jean-Jacques Rousseau (no ano de 1762), Emmanuel Sieyès (no ano de 1789) e John Locke (no ano de 1689), que a concebem de diversas formas.

As teses clássicas são normalmente caracterizadas pela doutrina como as legislativas ou as executivas (MIRANDA, 2015). As legislativas encontram a essência da soberania na emissão da lei (assim, Bodin, Locke e Rousseau) e as executivas, no momento da execução ou coerção (assim, Hobbes). E há aqueles que ligam a soberania ao poder de emitir moeda, ao de lançar tributos, ao de punir e ao de recrutar tropas. Essas teses não têm a ver propriamente com as condições de existência do Estado, mas ligam-se ao domínio e às funções do Estado (MIRANDA, 2015), portanto a um conteúdo mais político e abstrato.

Todas essas teorizações, ainda que não tenham como fundamento único a soberania estatal, mas variações como soberania popular, soberania da nação e soberania do povo são relevantes porque foi a partir delas que a concepção de soberania do Estado se desenvolveu e se consolidou (PAUPÉRIO, 1958).

Assim, lançadas as bases teóricas da soberania, diversos estudiosos se ativeram em aprofundá-la, cuidando principalmente de suas implicações e desdobramentos. Na Alemanha, pesquisas acuradas no campo das filosofias política e jurídica, germinaram a ideia de soberania do Estado.

Os estudos da publicística alemã iniciada por Krause permitiram que se concebesse a ideia de Estado como ideal, ético, formado por um processo histórico e psicológico, defendendo a existência de uma personalidade, mais tarde consolidada no século XIX por Carl Friedrich Von Gerber, Otto Friedrich Von Gierke e Georg Jellinek como personalidade jurídica, firmando o entendimento da soberania calcada na figura do Estado, que chega até os presentes dias.

A ideia de soberania do Estado se fundamenta na realidade jurídica com que o mesmo se reveste, enquanto pessoa jurídica. Como tal, adquire a capacidade de contrair direitos e obrigações e, portanto, de criar o seu direito.

Por essa razão, parte-se do conceito segundo o qual a soberania se entrelaça à ideia de personalidade jurídica do Estado, enquanto poder originário e exclusivo que tem o Estado de declarar e assegurar por meios próprios a positividade de seu direito e de resolver em última instância sobre a validade de todos os ordenamentos jurídicos internos (REALE, 2000).

Essa compreensão de soberania, no entanto, passa a ser questionada pelas transformações sofridas pelo direito a partir da globalização, que por sua vez, acaba por transformar a própria soberania.

2. AS INFLUÊNCIAS TRANSFORMADORAS DO DIREITO E DA SOBERANIA: A GLOBALIZAÇÃO

A globalização abarca diversos fenômenos de ordem econômica, política, social e cultural, importando uma "confi-

guração histórico-social abrangente" (BARRAL; MUNHOZ, 2006, p. 298):

> (...) no âmbito da qual se movem os indivíduos e as coletividades, ou as nações e as nacionalidades, compreendendo grupos sociais, classes sociais, povos, tribos, clãs e etnias, com suas formas sociais de vida e de trabalho, com as suas instituições, os seus padrões e os seus valores, em geral sintetizados no conceito de globalização.

No âmbito do direito, a realidade tem mostrado que a globalização de fato o tem influenciado, seja com o surgimento de novos atores no cenário mundial que ganharam relevância não apenas como sujeitos de direito, mas, sobretudo, como produtores de direito, como organizações sociais (Organização Mundial do Comércio, tribunais arbitrais, redes internacionais de escritórios de advocacia, dentre outros), a sobreposição de normas, sejam elas internas, internacionais, supranacionais ou transnacionais e, de processos que, socialmente falando, forçam a modificação do direito formal (MENDES, 2006).

De fato, Welber Barral e Carolina Munhoz (2006) destacam mudanças profundas na teoria e na práxis jurídica, tanto no plano externo, dado o enfraquecimento do poder do Estado por meio de progressivas transferências do poder legiferante para organizações internacionais, como no plano interno, pelo desmantelamento do aparato estatal preconizado pelos princípios liberais, o que passou a exigir novas formas de regulação econômica, esvaziando o papel do Estado a um mero juízo arbitral e conduzindo a um cenário democrático deficitário.

De acordo com Milton Santos (2007), a globalização enquanto parte do mundo experienciado na atualidade, pode ser vista como tríplice concepção: a da globalização como fábula, em que

há uma busca pela uniformidade a serviço dos atores hegemônicos e em que o consumo é estimulado, tornando o mundo mais desunido e distante do sonho de uma cidadania universal; a da globalização como perversidade, em que as consequências sócio-econômicas da globalização são altamente nefastas e impactantes, e, direta ou indiretamente atribuídas ao presente fenômeno da globalização, como já amplamente demonstrado pela tradicional doutrina, e a da globalização como uma outra esfera, em que há reclames por uma instância social, humanizadora.

O termo globalização pode ainda ser associado à sinonímia com os pressupostos do liberalismo econômico. Aqui pode-se perceber a função ideológica da utilização do termo: sua aceitação como fenômeno positivo e inelutável, permite a aceitação do liberalismo como fenômeno consequentemente positivo (BARRAL; MUNHOZ, 2006).

Para a legitimação desse estado de coisas, o uso da ideologia é o aporte para o mascaramento de relações (ALVES, 1987) de dominação e assujeitamento. E a dissolução da ideologia no sentido de mitigar expectativas de que "não há outro futuro senão aquele que nos virá, como um presente ampliado" (SANTOS, 2007, p. 159), é fruto de iniciativas articuladas e da superação de obstáculos, em que o direito desempenha papel integrador e harmonizador das relações humanas.

Se, por outro lado as transformações sofridas pelo direito a partir da globalização apontam para o seu enfraquecimento, bem assim de sua soberania, por outro, o antagonismo, a pluralidade e heterogeneidade, próprias das sociedades complexas (promovidos em grande parte pela própria globalização), favorecem o surgimento de outros sujeitos a produzir o direito: ao lado do Estado e das forças de mercado a atacar a soberania, emergem novos atores a reclamar por novos paradigmas do direito, e, portanto de soberania.

3. SOBERANIA ESTATAL: SOCIEDADE CIVIL E NOVAS INSTITUCIONALIDADES

A globalização e as transformações por ela engendradas erodem o direito e o Estado, sobretudo o seu aparato de garantias: uma vez que a permeabilidade do direito às incertezas, inflexões e fluidez da lógica mercadológica, a inconstância da lei da oferta e da procura para a precificação dos bens de consumo acaba sendo transferida para a esfera jurídica, em detrimento do sistema de direitos garantido pelo Estado.

A redução do Estado ao Estado mínimo, a ultravalorização do mercado e todas as consequências provenientes desse contexto, por certo, atingem também o Brasil. Esse processo, no entanto, relaciona-se à construção da ideia de cidadania brasileira.

A cidadania no Brasil, pensada com José Murilo de Carvalho (2002), constituiu-se segundo um processo que conferiu ao Estado o protagonismo no reconhecimento de direitos, construindo, outrossim, uma cidadania "de cima para baixo": no primeiro plano, esteve o reconhecimento dos direitos sociais por um Estado deveras paternalista, através de robusta produção legislativa destinada a uma população pouco instruída e educada; e apenas em segundo plano esteve a preocupação com os direitos políticos e com a efetiva participação política cidadã.

Apesar disso, na atualidade verifica-se o ressurgimento da sociedade civil brasileira no cenário político e a assunção de um *status* ativo por ela ocupado, o que importa reconhecer que mesmo diante de uma possível retração do Estado (talvez indesejada, a depender da intensidade) floresce uma cidadania "de baixo para cima", com autonomia e consciência incipientes, mas ainda assim significativas.

A emergência da sociedade civil brasileira se dá como recurso organizacional da vida coletiva sob a diretriz constitucional da liberdade de associação e fomento à participação democrá-

tica. Em um cenário em que a ultravalorização do mercado é uma realidade, a participação da sociedade civil emerge como resposta ao estrangulamento representando pela intensificação do processo de globalização. Assim, a sociedade civil passa de receptora à produtora do direito.

3.1 SOCIEDADE CIVIL

Ensina Norberto Bobbio (2011) que o termo "sociedade civil" comporta diversos significados, tendo como pressuposto o elemento não-estatal, sendo necessário, por certo, delimitar a extensão do próprio Estado. Suas análises são fundamentais para a compreensão do conceito, razão pela qual recorre-se ao seu pensamento para essa construção.

Em uma primeira acepção, sociedade civil significa que antes do Estado existem várias formas de associação que os indivíduos formam entre si para a satisfação dos seus mais diversos interesses, associações às quais o Estado se superpõe para regulá-las, mas sem jamais vetar-lhes o ulterior desenvolvimento e sem jamais impedir-lhes a contínua renovação (BOBBIO, 2011).

Na segunda acepção, Norberto Bobbio (2011) assinala que a sociedade civil indica o lugar em que se manifestam todas as instâncias de dominação, formam-se os grupos que lutam pela emancipação do poder político e adquirem força os contra-poderes. Trata-se de um espaço de luta e enfrentamento.

A terceira acepção representa o ideal de uma sociedade sem Estado, destinada a surgir da dissolução do poder político. Nesse caso, a sociedade civil exerce hegemonia distinta da dominação, livre da sociedade política (BOBBIO, 2011).

Com efeito, é com Norberto Bobbio (2011) que se tem a conceituação acerca da sociedade civil, segundo a qual, numa primeira aproximação, pode-se afirmar que a sociedade civil é o lugar em que surgem e se desenvolvem os conflitos eco-

nômicos, sociais, ideológicos e religiosos que as instituições estatais têm o dever de resolver ou através da mediação ou através da repressão. São sujeitos desses conflitos e, portanto, da sociedade civil, exatamente enquanto contraposta ao Estado, as classes sociais ou mais amplamente os grupos, os movimentos, as associações, as organizações de classe, os grupos de interesse, as associações de vários gêneros com fins sociais, e indiretamente políticos, os movimentos de emancipação de grupos étnicos, de defesa dos direitos civis, de libertação da mulher, os movimentos de jovens etc.

Por essa razão, o estudo da sociedade civil e dos impactos da sua mobilização para o direito é de suma importância, e, sincreticamente, a compreensão do ambiente normativo em que ela atua.

3.2 MOVIMENTOS SOCIAIS

Boaventura de Sousa Santos (2005) preleciona que os anos 1980 foram marcados pela temática dos novos sujeitos e dos novos movimentos sociais.[2] Na contemporaneidade, a temática dos movimentos sociais é retomada e ganha força, mas a tentativa de conceituá-los e de contextualizá-los, no entanto, é extremamente dificultosa, pois não há consenso entre os teóricos.

A dificuldade conceitual dos movimentos sociais evidencia-se em razão do entrelaçamento para com a realidade histórica em que eles se inserem, composta por diversas variantes, complexidades e heterogeneidades (MELUCCI, 2001). Nesse mesmo

---

2. Segundo Campilongo (2012), diz-se "novos movimentos sociais" para designar a teoria dos novos movimentos sociais em contraposição às teorias anteriores sobre movimentos sociais. Na Europa, no final dos anos 1960, a emergência de movimentos estudantis, que foram logo seguidos por outros movimentos como os feministas, pacifistas, ecológicos etc, desafiou o pensamento marxista tradicional à época, que via no movimento operário a expressão da contradição fundamental da sociedade capitalista moderna. Ao analisar os protestos que não estavam diretamente relacionados às condições de trabalho nas fábricas, alguns teóricos buscavam compreendê-los teoricamente, indicando que esses seriam "novos" movimentos, para diferenciá-los dos "velhos" movimentos trabalhistas e sindicais.

sentido, Götz Ottmann (1995) assinala a fluidez como uma das características mais marcantes dos movimentos sociais, passível de explicar a mutabilidade que um mesmo movimento pode apresentar, a depender do local e período histórico analisado.

Apesar disso, algumas características dos movimentos sociais podem ser destacadas: (i) são lastreados em conflitos que se relacionam à utilização de recursos escassos; (ii) não se limitam a reagir a panoramas econômicos desvantajosos; (iii) o reconhecimento de liberdade não necessariamente se faz acompanhar de seu efetivo gozo (os movimentos se insurgem contra a sociedade sem perceberem que dela fazem parte); (iv) atuam em sociedades complexas, ou seja, com múltiplas facetas da vida social; (v) a sociedade em que atuam está relacionada à variabilidade e assim, o passado não é mais inspiração para o presente; (vi) a sociedade em que atuam tem a complexidade como essência; (vii) funcionam como catalisadores da variabilidade social do ambiente complexo em que vivem; (viii) os conflitos de classes não explicam o desempenho e a atuação dos movimentos sociais na pós-modernidade; (ix) requerem liberdade e informalidade para o atendimentos de seus propósitos; (x) não são meros atores sociais ordinários (exemplo disso é a luta pelos direitos humanos), mas sujeitos de direito, o que permite perceber a coexistência e pertinência entre os movimentos sociais e o direito (CAMPILONGO, 2012).

Os teóricos dos novos movimentos sociais partem da construção de diagnósticos sobre as transformações da sociedade atual para compreender o surgimento de novas formas de conflito, bem como as suas manifestações. Eles identificam a mudança de paradigmas da sociedade capitalista, dando passagem a outra organização estrutural, como explicita Celso Fernandes Campilongo (2012, p. 28):

> Se os conflitos anteriores tinham seu lugar em sociedade marcada por questões de crescimento econômico, redistribuição e seguridade social, características das democracias representativas de Bem-Estar na Europa Ocidental do pós-guerra, o declínio do consenso keynesiano daria lugar a preocupações com o 'território físico, com o espaço de ação ou mundo da vida, tal como o corpo, saúde e identidade sexual; a vizinhança, a cidade e o meio ambiente; identidade e tradição cultural, étnica, nacional e linguística; as condições físicas de vida e a sobrevivência da humanidade em geral' ou, em resumo, com questões diretamente relacionadas à vida privada.

Essas novas pautas dos movimentos sociais, excessivamente amplas e abrangentes, contribuíram para afastá-los da política institucional, bem como da organização tradicional de representação de demandas. Especificamente no contexto brasileiro, a diversidade de temáticas dos movimentos sociais se soma à herança do regime militar, aos resquícios de autoritarismo que levaram (e ainda levam) à rejeição por seguimentos dentro da própria sociedade civil ao embate direto para com o Estado, convolando a preferência desses movimentos pela informalidade.

Essa informalidade, no entanto, não retira o potencial transformador desses movimentos, a afetar o direito. Os movimentos sociais não se limitam a apresentar demandas, através de manifestações, para os tomadores de decisão. Eles também expressam conflituosidades e discussões políticas, imprimindo esforços para o debate de diversas temáticas na arena pública, para além dos canais institucionalizados. Passam a alterar a produção do próprio direito, seja na produção normativa propriamente dita, seja conquanto a sua interpretação e aplicação.

A sociedade civil passa a tematizar e a discutir demandas sociais junto à esfera pública diretamente, e não só: passa a atuar em canais não institucionais. Essas ações alteram a formulação da própria política, a ser visualizada como uma meta-política (DELLA PORTA, 2009).

Os movimentos sociais informais, os movimentos autodenominados simplesmente "coletivos" (coletivos negros, feministas, pró-uso racional de água etc), as redes formadas pelas tecnologias de informação e comunicação (TICs),[3] dentre outros buscam reconhecimento e legitimidade de suas reivindicações através de protestos e denúncias no meio físico (protestos e manifestações de rua) ou através do uso de TICs, mais frequentemente no ambiente virtual, com petições e abaixo-assinados com aderência/"assinatura" virtual, como, por exemplo, os da organização não-governamental *Avaaz*,[4] canais de denúncia jornalística, como o Mídia Ninja[5] etc. Dessa meta-política defluem interferências na produção do direito fora do Estado, por mecanismos, instituições ou movimentos sociais nem sempre por ele reconhecidos.

---

3. As tecnologias de informação e comunicação (TICs) também interferem na participação política propriamente dita, mas não só, também proporcionam novas formas de sociabilidade, que não serão analisadas nesse trabalho. Alguns dos processos políticos, no entanto, existem antes e fora das TICs, outros são desenvolvidos nas e pelas TICs. Ambos têm em comum o envolvimento e a participação política da sociedade civil na reivindicação dos seus desejos bem como a pressão social para fazê-los atendidos e garantidos por parte do Estado. Constituem uma nova possibilidade de incremento da participação política no que toca aspectos do desenvolvimento de políticas públicas ou mesmo na formulação de leis, como no caso da Lei da Ficha Limpa (SANTOS, 2016).

4. O *Avaaz* é uma organização da sociedade civil que surgiu em 2007 com o objetivo de promover campanhas, com coletas de assinaturas em âmbito internacional sobre diversos temas de interesse público. Está presente em mais de 190 países e possui mais de 40 milhões de membros cadastrados. É uma das novas ferramentas proporcionadas pelas TICs.

5. O grupo Mídia Ninja (Narrativas Independentes, Jornalismo e Ação) é uma rede descentralizada de mídia jornalística alternativa que atua através da internet, formulando diversos tipos de denúncias através de jornalismo também alternativo, com o uso de câmeras de celulares para a captação de imagens e confecção de matérias jornalísticas disponibilizadas na internet. O grupo atuou ativamente na cobertura dos protestos populares no Brasil, em 2013 e em 2015. Os primeiros (2013) suscitaram a possibilidade de um plebiscito sobre a reforma política, que seria convocado pela presidente Dilma Rousseff, que, no entanto, não ocorreu. Os segundos (2015) culminaram na pressão popular pela abertura do processo de *impeachment* da mesma, em 2016.

A promulgação da lei complementar 135/2010, que alterou a lei complementar 64/90, a fim de estabelecer casos de inelegibilidade e cassação de mandato eletivo, também conhecida como "Lei da Ficha Limpa", constitui um exemplo bastante ilustrativo. De iniciativa popular, a proposta contou com amplo envolvimento da sociedade civil (institucionalizada e não institucionalizada), que se mobilizou a fim de propor a lei.

Também a Lei 9.840/99, que alterou o Código Eleitoral a fim de criminalizar a captação ilícita de votos contou com a iniciativa popular capitaneada pelo movimento Comissão Brasileira Justiça e Paz, ligado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). O projeto "Combatendo a Corrupção Eleitoral" obteve 1,06 milhão de assinaturas até a apresentação da proposta à Câmara dos Deputados, em fevereiro de 1997.

A Lei 11.124/2005 que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), criadora do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e que instituiu o respectivo conselho gestor também é de iniciativa popular. O movimento social autodenominado "Movimento Popular por Moradia" encabeçou a coleta de mais de 1 milhão de assinaturas em 1992 e o projeto foi convertido em lei no ano de 2005.

A Lei 8.930/94, que alterou a Lei 8.072/90, também conhecida como "Lei de Crimes Hediondos" a fim de inserir o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos contou com ampla participação popular. A mobilização popular ganhou notoriedade em razão da campanha nacional encabeçada pela autora de novelas Glória Perez após o homicídio de sua filha, a atriz Daniella Perez, em 1992. A campanha conseguiu 1,3 milhão de assinaturas e em 1994, o projeto foi convertido em lei.

Ensina Celso Fernandes Campilongo (2012) que a interferência dos movimentos sociais no direito pode se dar de três modos: "contra", "pelo" e "após" o direito. "Contra o direito",

significa o embate pela sua revogação, substituição ou por nova interpretação do direito vigente. Identifica-se um obstáculo construído pelo direito e procura-se removê-lo também através do direito. Não se trata de transgressão ou colidência com o direito, mas de sua modificação. "Pelo direito" representa a luta pelo reconhecimento e afirmação de direitos ainda não estabelecidos: conquista de novos direitos. "Após o direito" consiste na busca por eficácia: adoção de políticas, reorientação da jurisprudência em conformidade com os avanços legislativos, mudança de comportamentos.

Dessa perspectiva, os movimentos sociais quando atuam na discussão "contra", "pelo" e "após" o direito, potencializam a ação política, transferindo-a do parlamento para outros lócus de deliberação. Trata-se do reconhecimento das interferências do sistema social no sistema do direito. Com isso, a produção do direito se dá em instâncias extra-institucionais, fora do Estado e, por fim, acabam sendo por ele incorporadas como resposta às demandas sociais, algo como "a sociedade anseia que seja assim"[6] ou ainda, mediante a criação direta do direito pela participação direta nos canais.

3.3 POLÍTICA NACIONAL DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

O Decreto 8.243/2014, que institui a Política Nacional de Participação Social (PNPS) no Brasil entende por sociedade civil, o

6. Exemplificativamente reporta-se à tramitação da PEC 37. A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 37/2011 tinha como objetivo acrescentar o parágrafo 10 ao artigo 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, junto à Câmara dos Deputados. A celeuma se deu em razão da competência para a condução de procedimentos investigatórios criminais no âmbito do Ministério Público, conferida pela Resolução nº 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que seria, em tese, suprimida. A PEC tramitava normalmente desde a sua proposição em 2011, obtendo pareceres favoráveis em todas as comissões legislativas nas quais foi submetida, por ampla maioria. Após a onda de protestos e manifestações populares de junho de 2013, a PEC foi rejeitada massivamente em 25 de junho de 2016 (não: 430, sim: 9, abstenções: 2, total 441) e arquivada em 28 de janeiro de 2015.

cidadão, os coletivos, os movimentos sociais institucionalizados ou não institucionalizados, suas redes e suas organizações.[7]

A Política nacional de participação social constitui uma política pública do Estado brasileiro voltada para a ampliação dos canais de participação da sociedade civil. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foram instituídos diversos mecanismos de participação social. Ela contempla, além da representação, a participação política direta do cidadão através de plebiscitos (artigo 14, I), referendos (artigo 14, II) e iniciativas populares (artigo 14, III). Além disso, há outros mecanismos (artigos 27, § 4º e 29, XII) em que se observa a participação social, abrindo caminho a tantos outros que logo foram incorporados ao direito, como conselhos, conferências, ouvidorias, processos de participação no ciclo de planejamento e orçamento públicos, audiências e consultas públicas, mesas de diálogo e negociação e outros.

A exigência constitucional de participação política da sociedade civil não se limita ao poder executivo, nem à formulação de políticas públicas. Abrange o poder legislativo (artigo 61, § 2º da Constituição Federal) em formas de participação em que atores sociais participam da atividade legiferante propriamente dita, e, em relação às políticas públicas, no tocante ao conjunto normativo necessário para que se concretizem.[8]

---

7. Artigo 2º, I.

8. Também o poder judiciário já passa a recorrer às audiências públicas para a oitiva da sociedade civil no julgamento de ações cujos temas *sub judice* tenham repercussão geral e interesse público. Constituem exemplos de audiências públicas convocadas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ação direita de inconstitucionalidade - ADI 3510, sobre pesquisas com células tronco, realizada em 20 de abril de 2007; arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF 101, em face de decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados, realizada em 27 de junho de 2008; arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF 54, sobre a interrupção de gravidez de fetos anencéfalos, realizada em 4 de setembro de 2008; o debate acerca da judicialização da saúde, realizado nos dias 27, 28 e 29 de abril de 2009 e em 4, 5 e 6 de maio de 2009; arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF 186 e Recurso Extraordinário - Rext 597285 sobre as políticas afirmativas de acesso à universidades públicas (também conhecido por "sistema de cotas"), realizada em 3 de março de 2010; ação direita de inconstitucionalidade - ADI 4439, sobre a inclusão do ensino religioso na grade curricular as

A ideia de participação social cresceu exponencialmente no Brasil, a exemplo dos conselhos de políticas e dos orçamentos participativos.[9] Os conselhos de políticas públicas são resultado das leis específicas que regulamentam a Constituição Federal, no que tange à saúde, assistência social, criança e adolescente e políticas urbanas.

Assim, a PNPS busca institucionalizar a participação da sociedade civil na esfera governamental, consolidando os mecanismos de participação social já existentes. Para tanto, explicita os princípios e diretrizes gerais da participação social no âmbito governamental.

A PNPS busca consolidar a participação como um método de governo. Além de contar com a participação da sociedade civil institucionalizada, reconhece a parcela da sociedade civil não institucionalizada, como movimentos sociais autônomos e informais, possibilitando que também esses possam participar de debates. Além disso, a PNPS institucionaliza novas formas de participação social por meio de TICs, em especial a internet, a fim de promover o diálogo entre a administração pública federal e a sociedade civil.

A PNPS no artigo 3º fixa como diretrizes: I - o reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia; II - complementaridade, transversalidade e integração entre mecanismos e instâncias da democracia representativa, participativa e direta; III - solidariedade, cooperação e respeito à diversidade de etnia, raça, cultura, geração, origem, sexo, orientação sexual, religião e condição social, econômica ou de deficiência, para a construção de valores de cidadania

---

escolas públicas, realizada em 15 de junho de 2015 dentre outras, todas contando com ampla participação social. Essas audiências públicas, muito embora não façam parte da política nacional de participação social, demonstram que o poder judiciário encontra-se afinado a essa tendência.

9. A principal referência de orçamento participativo é a experiência de Porto Alegre, a partir da década de 1990, seguida de Belo Horizonte, São Paulo e Recife.

e de inclusão social; IV - direito à informação, à transparência e ao controle social nas ações públicas, com uso de linguagem simples e objetiva, consideradas as características e o idioma da população a que se dirige; V - valorização da educação para a cidadania ativa; VI - autonomia, livre funcionamento e independência das organizações da sociedade civil; e VII - ampliação dos mecanismos de controle social.

No artigo 4º da PNPS, são definidos os seguintes objetivos: I - consolidar a participação social como método de governo; II - promover a articulação das instâncias e dos mecanismos de participação social; III - aprimorar a relação do governo federal com a sociedade civil, respeitando a autonomia das partes; IV - promover e consolidar a adoção de mecanismos de participação social nas políticas e programas de governo federal; V - desenvolver mecanismos de participação social nas etapas do ciclo de planejamento e orçamento; VI - incentivar o uso e o desenvolvimento de metodologias que incorporem múltiplas formas de expressão e linguagens de participação social, por meio da internet, com a adoção de tecnologias livres de comunicação e informação, especialmente, softwares e aplicações, tais como códigos fonte livres e auditáveis, ou os disponíveis no Portal do Software Público Brasileiro; VII - desenvolver mecanismos de participação social acessíveis aos grupos sociais historicamente excluídos e aos vulneráveis; VIII - incentivar e promover ações e programas de apoio institucional, formação e qualificação em participação social para agentes públicos e sociedade civil; e IX - incentivar a participação social nos entes federados.

A participação social afirma o objetivo de ausculta política da sociedade civil, salientando seu papel na promoção e na participação efetiva do cidadão nos processos de planejamento e decisão social, pois a democracia implica no que Arango (2002, p. 130) descreve como:

> [..]processo de criação, circulação e distribuição igualitária do bem social. Ou melhor, é justamente a institucionalização da participação igualitária dos cidadãos no processo de decisão sobre a cidade, sobre o seu país. Sobre os *public goods*, diriam os anglo-saxões, sobre a *polis*, diriam os gregos. Quem faz parte desse processo decisório? Todos.

Muito se discute se PNPS sinalizaria mudanças no sistema político, de forma a ferir a representação política, ínsita na Constituição Federal, ao instituir uma nova fonte de poder proveniente da participação direta, sobretudo na produção normativa. Com Celso Fernandes Campilongo (1988) é possível concluir que sendo as instituições representativas os mecanismos do sistema político mais vinculados à produção de leis, é natural que a participação direta tenha reflexos no direito. No contexto de transformações do Estado na contemporaneidade, a interpenetração cada vez maior entre Estado, mercado e sociedade civil revela que essa tríade não é antitética e tampouco contraposta. É possível perceber que a política e o direito não se reduzem à política e ao direito estatais. Isso implica no reconhecimento de que a representação política estatal não tem nem o monopólio da representação social, nem a exclusividade da produção normativa: existe uma pluralidade de pólos de produção do direito e, *ipso facto*, de lugares de exercício das atividades representativas. Isso perfaz um cenário em que o monopólio do Estado na produção do direito e, portanto, a soberania estatal, resta profundamente afetada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina da soberania compreende diversas acepções. Dentre as teorias jurídicas, destaca-se a teoria da "soberania estatal". Essa teoria considera que a soberania incumbe ao Estado en-

quanto personalidade jurídica, com centralidade e exclusividade, passando a concentrar o monopólio da produção do direito.

Com a globalização a transformar o direito e o Estado, a soberania estatal passa a ser questionada. Assim, o conceito de soberania começa a se enfraquecer, assim como a centralidade estatal, que vai paulatinamente perdendo espaço e abrindo caminho para construções teóricas mais receptivas e sensíveis ao contexto atual, entrecortado pela complexidade e heterogeneidade.

Nesse contexto, a sociedade civil emerge como resposta à excessiva liberalização das práticas estatais provocadas pela globalização. Com isso, surgem novos elementos e sujeitos a compor o direito na contemporaneidade.

Há evidente contraposição entre o modelo rígido e fixo da concepção tradicional de Estado e de soberania para a indefinição, a provisoriedade e a ruptura que emanam da atualidade, demonstrando a erosão e a inadequação que essas estruturas – ainda estáticas – estão enredadas.

O desajuste entre o Estado e a sua soberania e as novas institucionalidades provenientes da sociedade civil demonstram a corrosão dessa estrutura fixa, permitindo afirmar que a soberania deixa de ser um ponto inquestionável e incontrastável, mitigando definitivamente a exclusividade estatal na produção do direito.

Há que se ter em mente, com efeito, que a noção de norma jurídica envolve a ideia de direito posto pelo Estado. Disso defluem dois postulados: de que o Estado monopoliza a produção de leis e o parlamento detém a exclusividade de representação. Na contemporaneidade, porém, esses dois postulados são concorrentes: formas paralelas de legalidade contestam esses monopólios.

A mitigação da exclusividade do Estado na produção do direito, e, portanto, da soberania estatal através da inserção de novos sujeitos a compor o direito, criando novas institucionali-

dades significa pensar uma soberania estatal horizontalizada, e, portanto, mais congruente com uma sociedade cada vez mais complexa, heterogênea e multifacetada.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e ideologia*: aparência e realidade. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BARRAL, Welber; MUNHOZ, Carolina P. B. Globalização e a prática do direito. In: GUERRA, Sidney (org.) *Globalização*: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo. Ijuí: Ijuí, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. *Representação política*. São Paulo: Ática, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DELLA PORTA, Donatella. *Democracy in social moviments*. New York: Palgrave MacMillan, 2009.

MELUCCI, Alberto. *A invenção do presente*: movimentos sociais nas sociedades complexas. Petrópolis: Vozes, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Sentido da teoria geral do direito, globalização e harmonização do método jurídico. In: CASELLA, Paulo Borba; VIEGAS, Vera Lúcia (coord.) *Direito da Integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A globalização entre o passado e o futuro da soberania. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, volume especial, 2008.

OTTMANN, Götz. Movimentos sociais urbanos e democracia no Brasil: uma abordagem cognitiva. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 41, 1995.

PAUPÉRIO, Machado. *O conceito polêmico de soberania*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Marcelo Burgos. Lei da ficha limpa: entre a sociedade civil e arranjos estatais. In: MESQUITA, Nuno Coimbra. *Brasil*: 25 anos de democracia, participação, sociedade civil e cultura política. Rio de Janeiro: Fundação Adenauer Stifung/NUPPs-USP, 2016.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2007.

RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA E O SEU CARÁTER PREVENTIVO

Danilo Germano Rêgo
Thatiane Rabelo Gonçalves

INTRODUÇÃO

As mudanças da sociedade no transcorrer do século XX para o século XXI fizeram com que o ordenamento jurídico brasileiro passasse de uma perspectiva reativa, patrimonialista e individualista, para uma perspectiva de uma sociedade plural e democrática, premida por questionamentos éticos que vão da biotecnologia à natureza, culminando na própria preservação da espécie humana (ROSENVALD. 2014, p. 9).

Ocorre que na sociedade tecnocientífica contemporânea, a responsabilidade representa o conceito base e integrador da ética e do Direito. Isso porque tanto na ética como no Direito é precisamente a responsabilidade que objetiva e formaliza os conceitos de liberdade e regulação (BARRETO. 2013, p. 348).

Nessa linha, o Direito deve ter o pleno poder de reprimir condutas antijurídicas, que perpetuam o medo e as incertezas sociais, na medida em que cada pessoa pode ser atingida de diferentes maneiras por um ato ilícito. A responsabilidade, a partir do conceito apresentado por Vicente de Paulo Barreto é a

ferramenta utilizada pelo direito que pode proporcionar a cada um maior segurança.

A divisão clássica do Direito separa tipicamente o âmbito da responsabilidade penal e da responsabilidade civil. A princípio, o Direito Penal deve funcionar de modo a reprimir preventivamente as condutas antijurídicas, quando apresenta as sanções criminais decorrentes da prática de determinado ato ilícito e o Direito Civil deve se preocupar com a responsabilização de forma posterior à prática do ato, visando o ressarcimento de danos (FARIAS; NETTO; ROSENVALD. 2015, p. 361).

Dessa maneira, o Direito Civil brasileiro atual, só tem eficácia quando o ato ilícito já foi praticado e o dano consumado. Ele atua de forma a fazer com que as partes prejudicadas por determinado ato ilícito, voltem ao *status quo ante*. De fato, o artigo 927 do Código Civil brasileiro estipula que "*aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*". Portanto, nas hipóteses em que não há dano, mesmo tendo sido praticada uma conduta antijurídica pelo ofensor, não haverá qualquer sanção civil a ser imputada. Ainda, tendo o ofensor consciência de qual será o dano causado, ele poderá prever que a sua sanção, no caso de ser demandado pela vítima, será simplesmente de a ressarcir nos limites dos danos materiais e morais pertinentes.

Entretanto, historicamente no Direito Romano, é possível perceber que a função punitiva, e não meramente a reparatória, decorrente da prática de um ato ilícito, estava presente tanto no âmbito do Direito Civil, como no âmbito do Direito Penal de forma que a responsabilidade civil também tinha a função de prevenir a prática da conduta antijurídica, socialmente reprovável, pela punição do ofensor. Sendo assim, em referido período do Direito Romano, a função de punir se dava em dois âmbitos: (i) o das penas públicas e (ii) o das penas privadas.

A pena pública era aplicada como sanção aos delitos públicos (*crimen*), às infrações cometidas contra o Estado e contra a paz do reino (Direito Penal Público). Já a pena privada se dava no âmbito dos delitos privados (*delicta*), cometidos contra a pessoa ou seus bens (*furtum, rapina, iniuria* e *damnun iniuria datum*) (GERMANO, 2011. p. 47).

Quando ocorria um delito privado, a vítima possuía o direito de intentar uma ação em face do ofensor que deveria ser condenado ao pagamento de determina quantia. Referida quantia não era fixada buscando impedir ou neutralizar os efeitos do ilícito, mas sim, punir o ofensor (GERMANO, 2011. p. 47). Cabe a ressalva de que a pena privada não se baseava no limite do valor do dano causado à vítima. Ela era, em diversas ocasiões, fixada a partir de múltiplos tendo como base a extensão do dano causado. Esse valor poderia ser cumulado com o valor referente à reparação dos danos.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 50) entre os romanos, não havia nenhuma distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Tudo, inclusive a compensação pecuniária, não passava de uma pena imposta ao causador do dano. A *Lex Aquilia* começou a fazer uma breve distinção: embora a responsabilidade continuasse sendo penal, a indenização pecuniária passou a ser a única forma de sanção nos casos de atos lesivos não criminosos.

Embora o Direito Civil brasileiro contemporâneo, no âmbito da responsabilização civil, apenas imponha o dever de o ofensor reparar a vítima, nos limites do dano causado, como se depreende do artigo 944 do Código Civil, tal disposição legal não se coaduna com as necessidades da sociedade atualmente, em diversos aspectos. O modo como os avanços tecnológicos e sociais transformaram a sociedade, ampliando as redes de comunicação entre as pessoas, o acesso à informação e as pró-

prias relações interpessoais, fizeram com que, muitas vezes, a prática de um ato ilícito por determinado indivíduo tenha uma projeção muito mais ampla do que teria há algumas décadas.

A obrigação de ressarcir o indivíduo nos limites do dano que lhe foi causado não possui a eficácia necessária em prevenir e reprimir a reiteração daquele comportamento em ocasiões futuras. Assim, quando o Direito Civil por meio da responsabilidade civil não age com a função de reprimir de forma mais eficaz determinados atos individuais, esse comportamento pode se manter reiteradamente de forma que, ao final, não foi simplesmente uma pessoa afetada, mas sim todo um grupo de pessoas que correspondem a uma significativa parcela da sociedade.

Conforme leciona Nelson Rosenvald (2014, p. 15-17):

> O sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores jurídicos relevantes em um dado momento histórico e social. (...) Assim, principalmente em virtude dos desafios científicos e técnicos da contemporaneidade, exige-se um horizonte hermenêutico mais amplo para o conceito de responsabilidade. Por muito tempo essa responsabilidade moral se forjou na obrigação de reparar danos decorrentes de culpa, mas aquele era o mundo das relações interindividuais. Atualmente, no amplo campo dos conflitos sociais e danos anônimos, atemporais e globais, o agente moral deliberará pela prevenção, como forma ética e virtuosa de comportamento.

Veja-se o exemplo do ladrão e da bolsa no qual o seu conceito principal é extraído da obra *A Luta pelo Direito* de Rudolf Von Jhering (2012, p. 138): um ladrão furta a bolsa de uma senhora com vários de seus pertences, entretanto, por causa da atuação de um atento policial é capturado. O policial con-

segue recuperar a bolsa da senhora, sem qualquer dano ao objeto ou aos pertences que lá estavam. Ao apresentar a bolsa à senhora, ela demonstra que de fato a bolsa está intacta e pede para que o ladrão seja liberado. Nesse caso, no âmbito do Direito Civil, a senhora não poderia se valer de qualquer tipo de indenização. Tendo em vista que o objeto furtado não apresenta qualquer dano material em decorrência do ato ilícito e que não houve qualquer dano à direitos de personalidade da vítima, não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer sujeição do ofensor a uma penalidade civil.

Ocorre que ao se pensar no caso apresentado, observa-se que o desestímulo por meio da responsabilização civil à prática desses tipos de atos antijurídicos e, em especial, os de menor potencial ofensivo que em diversos casos não são tutelados e reprimidos pelo Direito Penal, é praticamente nulo.

Outro exemplo com frequente incidência nos dias atuais se mostra nas relações de consumo que envolvem os chamados grandes litigantes nos setores de telefonia, serviços bancários, planos de saúde e transportes aéreos.

Pesquisa no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis das cidades de São Paulo, Florianópolis, Belém, São Luís e Campo Grande, do Conselho Nacional de Justiça, publicada no ano de 2015 (SILVA. 2015, p. 62), demonstra que grande parte das ações visam a reparação de danos decorrentes de (i) cobrança indevida (20,66%); (ii) vício do produto ou serviço (9,92%); (iii) inclusão indevida nos cadastros de inadimplentes (8,82%); (iv) cobrança abusiva (6,34%); (v) negativa de tratamento de saúde (5,23%), entre outros.

Assim, conforme apontam Carlos Alberto Menezes e Sérgio Cavalieri Filho (2011, p. 1):

> Acompanhando as estatísticas, pode constatar-se que grande parte dos casos que chegam aos Tribu-

> nais envolve, de alguma forma, responsabilidade civil, principalmente nos Juizados Especiais, o que evidencia a desmesurada ampliação das questões sobre responsabilidade civil. Fala-se até mesmo em uma indústria da responsabilidade civil, no sentido pejorativo, com o que não concordamos. Na verdade, se os domínios da responsabilidade civil são assim tão abrangentes, com o crescimento das demandas judiciais, é porque os danos injustos aumentaram e se tornaram mais frequentes. E, sobretudo, a consciência da cidadania ganhou um enorme impulso, provocando a busca da prestação jurisdicional. Ninguém mais permanece inerte diante da lesão, sabendo que é possível alcançar a plena reparação junto ao Poder Judiciário, que passou a ser o escoadouro das aflições da população.

Especialmente os advogados que trabalham diretamente com esses grandes litigantes conhecem a sua organização, de modo que os custos com processos judiciais que envolvem vícios e defeitos em sua prestação de serviços já é calculado e provisionado, sendo possível prever quanto será gasto com o pagamento de ínfimas indenizações em determinado período.

Realiza-se um cálculo no qual se considera o gasto que empresa teria para melhorar seus serviços de modo a diminuir significativamente os problemas mais recorrentes e o gasto com o pagamento de indenizações. Infelizmente, em diversas ocasiões parece valer mais a pena manter as ações judiciais do que de fato investir na melhoria dos serviços prestados, tanto é que os mesmos problemas se repetem todos os dias, sem grandes modificações. Conforme assevera Judith Martins-Costa:

> (...) muitas empresas cujos produtos são danosos em escala massiva amparam a continuidade de sua

> produção (e dos danos causados) numa espécie de raciocínio por custo-benefício entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga aos indivíduos que ingressam em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER. 2005, p. 16)

Nesse contexto, é essencial que a responsabilização civil dos agentes que cometem atos ilícitos não se dê meramente por meio da reparação nos limites dos danos causados. É imprescindível que se estabeleça uma função de prevenção e de punição à responsabilidade civil, para que o Direito não se mantenha neutro no que toca o desestímulo desse tipo de conduta. Essas funções não são alcançadas pelo ordenamento jurídico brasileiro atual.

1. O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Henri Mazeaud e Léon Mazeaud (1934. v. 1. p. 1) explicam que a conceituação de responsabilidade civil esbarra nos debates puramente jurídicos que buscam atualizar o conceito, diante da luta entre a doutrina tradicional da culpa e a teoria moderna do risco. Os autores descrevem que há responsabilidade civil quando se verificar um dano, um prejuízo sofrido por uma pessoa-vítima. Entretanto, não são todas as situações nas quais existe um prejuízo à determinada pessoa que ensejam o nascimento da responsabilidade civil. Isso se mostra, por exemplo, nas hipóteses em que o sujeito causa dano a si mesmo, fato o qual o Direito não interfere, pois não há razão para tal, tendo em vista que a pessoa prejudicou a si mesma.

Entretanto, nos casos em que o dano é causado por um terceiro, há ao menos dois atores, frente a frente, diante de um fato jurídico. A harmonia que naturalmente existe entre

as partes pela ordem jurídica, se rompe. Os autores utilizam o exemplo de um acidente de trânsito: demonstram, primeiramente, o caso em que uma pessoa bate o seu veículo, sozinha, sem a influência de um terceiro agente e em segundo lugar, a hipótese na qual um acidente é causado em decorrência de uma atitude de um terceiro. Quando o autor do prejuízo e a vítima do dano são sujeitos distintos nascerá um conflito no qual a vítima poderá demandar do autor a reparação pelo prejuízo causado. Por conseguinte, os autores afirmam que é possível dizer que esse conflito, do interesse de um terceiro causador do dano e da vítima demonstra o problema da responsabilidade no qual uma pessoa terá a obrigação de reparar o dano causado à outra. Esse é, portanto, o sentido etimológico do termo responsabilidade: "o responsável é aquele que responde"[10].

Os autores franceses explicam que a definição é ampla e pode ser combatida coma possibilidade de estender o conceito de responsável para qualquer tipo de pessoa. No entanto, há aplicabilidade do conceito no ordenamento jurídico, pois a responsabilidade civil se vincula diretamente à noção de dolo e culpa[11]. Dessa forma, entende-se que haverá responsabilidade civil quando há um conflito entre duas pessoas distintas, no qual uma possuirá o dever de responder por determinada ação perante a outra em decorrência de um ato praticado com culpa ou dolo.

---

10. "*Pour qu'il y ait responsabilité civile, il faut un dommage, un préjudice, par suite une personne que souffre, une victime. Est-ce à dire que chaque fois que quelqu'un subit un préjudice, un problème de responsabilité va naître ? (...) le droit civil ne saurait se préoccuper du dommage que la victime s'est causé à elle-même ; les principes de la responsabilité civile n'ont pas à intervenir. Il n'en est plus dans la deuxième situation envisagée. Cette fois, le droit va se saisir du problème ; il y a deux acteurs face à face sur la scène juridique ; l'harmonie que la règle de droit cherche à faire régner entre les individus est rompue. Dès que l'auteur du dommage et la victime sont deux personnes différentes, un conflit va naître, la victime demandant à l'auteur réparation du préjudice subi. Ce conflit, c'est tout le problème de la responsabilité. On peut donc dire qu'une personne est responsable chaque fois qu'elle doit réparer un dommage ; c'est bien le sens étymologique du terme : le responsable, c'est celui qui répond.*". (MAZEAUD. H.; MAZEAUD. L. 1934. v. 1. p. 1)

11. "*Et M. Josserand l'a bien compris qui, justement pour nier la nécessité de la faute, adopte cette définition large de la responsabilité. L'état d'esprit n'est pas le même suivant qu'on recherche s'il y a un responsable, lequel, du demandeur ou du défendeur, va jouer ce rôle.*". (MAZEAUD. H.; MAZEAUD. L. 1934. v. 1. p. 4)

Savatier (1939, p. 1) define a responsabilidade civil como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam[12]. José de Aguiar Dias (1960, p. 11), na linha dos doutrinadores franceses, define a Responsabilidade Civil como o resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento em face do dever ou obrigação legal e/ ou contratual.

Caio Mário da Silva Pereira (2016. v. 3. p. 523) assevera que o fundamento maior, tradicional, da responsabilidade civil está no conceito de culpa, devendo a responsabilidade civil ser entendida como o surgimento da obrigação de reparar um dano causado após a infração de uma cláusula ou contrato celebrado entre as partes (culpa contratual) ou a transgressão do dever legal, positivo de respeitar o bem jurídico alheio, ou do dever geral de não causar dano a outrem, quando a conduta do agente não está regulada por uma convenção (culpa extracontratual) (PEREIRA. 2016. v. 2. p. 310).

2. A FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ocorre que o modelo atual da responsabilidade civil se relaciona diretamente com o paradigma liberal no qual o Estado deve intervir minimamente na vida dos cidadãos. O modelo de resolução *a posteriori* dos conflitos mediante a obrigação de reparar danos seria adequada à ideia de mínima intervenção estatal pelo fato de que deixaria cada indivíduo plenamente livre para determinar seus atos, sejam eles contrários, ou não ao ordenamento jurídico.

Esse paradigma se põe como uma questão fundamental do Direito na qual se pergunta em que medida deve o Estado inter-

---

12. “*La responsabilité civile est l’obligation qui peut incomber à une personne de réparer le dommage causé à autrui par son fait, ou par le fait des personnes ou des choses dépendant d’elle.*”. (SAVATIER. 1951, p. 1)

vir na vida de cada um para determinar que tipo de conduta seria virtuosa, quais condutas devem ser estimuladas e quais devem ser inibidas e mitigadas. Uma sociedade justa procura promover a virtude de seus cidadãos? Ou deveria a lei ser neutra quanto às concepções concernentes à virtude, deixando os cidadãos livres para escolher por conta própria, a melhor forma de viver?

Essa pergunta filosófica é discutida por Michael J. Sandel (2012, p. 17) que expõe que a questão divide o pensamento político em antigo e moderno. Simplificadamente, segundo a visão aristotélica, justiça significaria "dar às pessoas o que elas merecem". Para determinar quem merece o quê, dever-se-ia estabelecer quais virtudes são dignas de honra e recompensa. "Aristóteles sustenta que não podemos imaginar o que é uma Constituição justa sem antes refletir sobre a forma de vida mais desejável. Para ele, a lei não pode ser neutra no que tange à qualidade de vida". Assim, a legislação deveria se pautar por um consenso geral de virtude, estimular condutas que visam alcança-la e inibir atos que contrariam tal ideal.

Em contraposição à visão Aristotélica, os filósofos modernos, Immanuel Kant e John Rawls afirmam que "os princípios da justiça que definem nossos direitos não devem basear-se em nenhuma concepção particular de virtude ou de melhor forma de vida. Ao contrário, uma sociedade justa respeita a liberdade de cada indivíduo para escolher a própria concepção do que seja uma vida boa" (SANDEL. 2012, p. 17). Essa visão moderna afirma que não seria possível estabelecer uma base consensual de virtude pelo fato de que cada indivíduo possui uma noção particular de como deve guiar suas escolhas, de forma a atingir a "vida boa". Em consequência, a legislação deveria ser "neutra", moldada por meio de cláusulas gerais, para possibilitar que cada um realizasse as ações que entenda pertinentes ao desenvolvimento de sua vida.

Nelson Rosenvald, ao discutir a questão, apresenta o fato de que o modelo de tutela ressarcitória (*in natura* ou em pecúnia) atende à estrutura de direito que codifica com leis aparentemente neutras e de mera natureza formal, que em verdade possui a conotação ideológica do *laissez-faire*, diretamente ligado à doutrina de Immanuel Kant e John Rawls. A cláusula geral que impõe o dever de reparar o dano do Código Civil brasileiro seria exatamente o retrato de um Direito Civil que não visa a prevenção, mas simplesmente se apresenta neutro às atitudes individuais, apenas estabelecendo de maneira geral que, caso alguém cause dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Assim:

> O direito age apenas no momento patológico da consumação do dano para resgatar o equilíbrio econômico rompido pela lesão, nada mais fazendo do que passivamente aceitar a concepção da imunidade do mercado perante o ordenamento, ou, como prefere Posner, do direito como mimetismo do mercado (ROSENVALD. 2014, p. 88-89).

Contudo, o Estado contemporâneo na transição do paradigma liberal para o paradigma constitucional deve se comprometer com as transformações sociais, a efetivação de direitos fundamentais percebendo que os interesses tutelados pelo direito não apenas dizem respeito a princípios mercadológicos. Atingem e concorrem, precipuamente, os interesses de trabalhadores, consumidores, empreendedores e da coletividade em geral, com relação aos bens difusos, transindividuais e coletivos.

O ordenamento jurídico, de fato, não deve intervir na liberdade individual de cada um de modo a definir especificamente aquilo que seria "virtuoso" ou não ou qual é a conceituação de "vida boa". Ele deve conjugar os interesses de toda a coletividade, baseando-se nos princípios constitucionais de forma

a direcionar e estimular condutas que vão ao encontro do espírito da legislação posta, como forma de fazer com que cada indivíduo possua condutas juridicamente desejáveis e harmoniosas, de forma a não prejudicar a vida e direito alheio.

> As sociedades democráticas não podem funcionar se aos direitos concedidos ao indivíduo não lhe correspondam certos deveres. As prerrogativas de todos são iguais, portanto, cada um deve se comportar de forma a não prejudicar estas relações. Se essas regras fundamentais de convivência são derrogadas, é indispensável que se sancione aquele que fere as prescrições impostas em prol do interesse geral. Sendo a responsabilidade civil vocacionada a este objetivo. (ROSENVALD. 2014, p. 96)

A ideia de responsabilidade civil contemporânea deve, assim, evoluir de modo a fazer com que a legislação cível não mais foque apenas na reparação posterior do dano sofrido decorrente de um ato ilícito, mas também em uma forma de prevenção. Conforme assevera Judith Martins-Costa (2005, p. 16), as preocupações mais recentes com a justiça distributiva, em especial, nos campos de alta densidade social, como o Direito Ambiental e o Direito das relações de consumo de massa, desmentem o dito de Rudolf Von Jhering segundo o qual a história da pena privada é a história de sua decadência.

Adicionalmente, pontua a autora que:

> O antigo instituto, voltado a reparar danos injustamente sofridos pelos indivíduos, não estaria imune a fenômenos sociais próprios das sociedades hiper-industrializadas nem às escolhas jurídico-axiológicas dessas mesmas sociedades, tal qual, exemplifi-

> cativamente, a proteção ao consumidor como sujeito jurídico em si mesmo vulnerável ou a classificação do meio ambiente entre os bens de uso comum do povo, com caráter de essencialidade à sadia qualidade de vida, como faz a Constituição brasileira. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER. 2005. p. 16)

Desse modo, é "necessário um instituto apto a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves cuja a dimensão é transindividual, ou comunitária, sendo certo que a pena pecuniária é eficiente fator de desestímulo" (MARTINS-COSTA; PARGENDLER. 2005. p. 16). Deve-se ter em mente que no contexto de ampla globalização e facilidade no acesso a diversos tipos de bens, bem como na possibilidade de rápida conexão entre pessoas localizadas em diferentes lugares, o dano causado a uma pessoa, de maneira individual, não mais deve ser visualizado desse modo, pois a depender do direito violado, todos aqueles, direta ou indiretamente conectados à determinado tipo de prestação de serviço, produto, ou atividade, podem ser afetados.

Essa questão é de notável importância, pois no momento em que os agentes apenas verificam o custo-benefício entre o lucro auferido e uma provável indenização a ser paga por um vício na prestação de serviços ou fornecimento de produtos, bem como em qualquer outro tipo de conduta ilícita, o ordenamento claramente não cumpre a sua função de tutelar condutas que visem à manutenção do bem comum, à harmonização e à paz social. Desse modo, a violação do direito e o prejuízo de um terceiro, bem como uma perturbação social decorrente de uma prática ilícita passam a ser vistos meramente como um possível ônus de determinada atividade, que pode ser facilmente aplicado como um custo operacional e não como fatos sociais relevantes que devem ser evitados por todos, sob o princípio do *neminem laedere*.

Ainda, importante visualizar as hipóteses em que diversos atos indesejáveis são considerados recorrentemente como "meros aborrecimentos", não se enquadrando precípua e estritamente na hipótese de indenização por danos morais. Essas condutas, apesar de não lesarem direitos de personalidade, em diversas situações, não são éticas e não se coadunam com o princípio da boa-fé propugnado no ordenamento jurídico. Ocorrem frequentemente e sempre são destacadas em processos judiciais, mas, frequentemente, o ofensor fica sem qualquer tipo de punição.

Nelson Rosenvald (2014, p. 16) defende que, conforme o tempo e lugar, a responsabilidade civil possui quatro funções fundamentais. Primeiramente, verifica-se a típica (1) função reparatória como forma de reação ao ilícito danoso; em segundo lugar, pode-se apontar a (2) função de repristinar o lesado ao *status quo ante*, ou seja, estado ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa. Essas duas funções da responsabilidade civil se coadunam com sua visão clássica anteriormente explorada, sendo pacíficas nos ordenamentos de C*ivil Law*. Entretanto, duas outras funções devem ser incorporadas à noção de responsabilidade civil, sendo elas a terceira de (3) reafirmar o poder sancionatório do Estado e de (4) desestimular pessoas que pretendam desenvolver atividade, capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros.

Verifica-se, assim que a função preventiva da responsabilidade civil poderia ser alcançada por meio da aplicação de uma pena civil, também aplicada pelo instrumento dos *punitive damages* nos ordenamentos norte-americano e inglês como forma de prevenir e direcionar as condutas humanas para que atendam e cumpram as determinações legais. Portanto:

> Se o Direito Civil quer se reconstruir com efetividade para os desafios do século XXI, é necessário que a

> doutrina e os aplicadores do Direito constatem que o contexto socioeconômico e cultural requer que a responsabilidade civil assuma novas técnicas de controle social, prioritariamente, uma função preventiva. (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015. p. 364)

No ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, apesar de tão necessária a aplicação desse instituto para que se aprimore e se modernize o sistema de responsabilização civil brasileiro, eles ainda não são comportados pela legislação vigente. A limitação do artigo 944 do Código Civil que impõe que a indenização deverá ser calculada pela extensão do dano causado à vítima, não permite a adição de uma pena civil e/ou *punitive damages*, às decisões judiciais.

Entretanto, os tribunais brasileiros, inclusive o Superior Tribunal de Justiça e mesmo o Supremo Tribunal Federal, têm jurisprudência no sentido de condenar os ofensores a pagar os chamados danos morais "com caráter punitivo-educativo". Por mais louvável que seja a intenção de tentar fazer com que a condenação por danos morais além de seu caráter ressarcitório, tenha também a capacidade de efetivamente reprimir e prevenir a reiteração de condutas antijurídicas, a forma que ela vem sendo aplicada, que deverá ser objeto de posterior estudo, além de ser ineficiente, já que não atinge o objetivo proposto, carece de qualquer embasamento legal.

CONCLUSÕES

A evolução social dos últimos séculos fez com que ocorresse uma intensificação das relações sociais, em um contexto de mundo altamente globalizado. Os atos individuais de cada pessoa, passaram a ter reflexos não apenas em âmbito local, mas em âmbito global, onde a violação de um direito

individual pode fazer com que toda uma coletividade seja diretamente afetada e lesada.

Vive-se hoje na Sociedade da Informação, do consumo, da transindividualidade, da pluralidade e multifacetariedade. A velocidade na qual os fatos sociais ocorrem, diante da tecnologia e da agilidade da comunicação, o desenvolvimento da produção em massa para o consumo e da prestação de serviços essenciais para milhões de pessoas fazem com que uma falha em determinado produto ou serviço prejudique as atividades diárias essenciais de uma população.

Nesse contexto, o Direito sempre possuiu a responsabilidade civil como meio integrador de reparação de danos causados por eventuais condutas antijurídicas lesivas. A responsabilidade civil evoluiu desde o Direito Romano, ao Direito Contemporâneo de uma perspectiva de vingança social em face de um ato ilícito, em uma época na qual ainda não havia nítida separação entre Direito Civil e Direito Penal, para o fundamento do Direito Civil reparatório. Assim, atualmente, a prática de um ato ilícito danoso, gera o dever do ofensor indenizar a vítima na extensão do dano causado, seja ele de ordem patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral).

Essa concepção do sistema de responsabilidade civil se amolda perfeitamente no paradigma do estado liberal no qual ele deve intervir minimamente na vida dos cidadãos, sem forçar a prática de condutas meritórias e socialmente morais. Ocorre que essa perspectiva de uma responsabilidade civil de atuação apenas posteriormente à ocorrência do dano é problemática e potencialmente prejudicial à toda coletividade. Veja-se que, ao se considerar que a prática de uma conduta dolosa, ilícita, afeta um elevado número de pessoas, há de se haver um instrumento capaz de reforçar o ordenamento jurídico no sentido de dirigir a prática de atos e atividades que vão ao encontro de seus princípios e fundamentos.

A responsabilidade civil precisa se amoldar à nova realidade social na qual se constata, na prática, que o sistema tradicional de reparação de danos não é suficiente para impedir a reiterada ofensa à sociedade e à coletividade. Portanto, ela deve ser positivada com foco em uma função não meramente reparatória, mas também preventiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GERMANO, Geandrei Stefanelli. ***Punitive Damages* nas Relações de Consumo**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**. n. 28. Brasília: Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2005. p. 15-32.

MAZEAUD, Henri. MAZEAUD, León. **Traite Théorique et Pratique de La Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle**. v. 1. 2. ed. Paris: Sirey, 1934.

MENEZES, Carlos Alberto. FILHO, Sérgio Cavalieri. **Comentários ao Novo Código Civil, Volume XIII: Da Responsabilidade Civil**. Arts. 927 a 965. v. 13. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 28. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 20. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: a Reparação e a Pena Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANDEL. Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SAVATIER, René. **Traité de la Responsabilité Civile**. t. 1. n. 1. Paris: 1951.

SILVA. Paulo Eduardo Alves da [et al.] (Coord.). **Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis**. Coord. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>. Acesso em 31/05/2017.

VON JHERING, Rudolf. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E O NOVO CPC.

Eva Eulalia da Silva Almeida

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.105, publicada em 17 de março de 2015, que contempla o novo Código de Processo Civil (CPC/15 ou NCPC), antes mesmo de entrar em vigor já provocou uma profunda reflexão no meio jurídico e ensejado amplos debates.

O novo Código de Processo Civil inaugura brilhantemente diversos aspectos em que preconiza a uma segurança jurídica mais moderna. Um exemplo desta faceta inovadora, rebuscada ao intuito de minimizar a insegurança jurídica e a litigiosidade, alcançando maior celeridade e aplicação igualitária aos jurisdicionados é o incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR) e o mecanismo de recurso repetitivo. É a aplicação mais perfeita da Constituição aos que podemos dizer, utilizando brocardo Aristotélico, que isonomia não é apenas garantir a igualdade formal, perante a lei, mas **"tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades"**[13]**.**

13. A frase e uma citação do filosofo Aristóteles. <http://kdfrases.com>. Salva observação de seu pensamento ser utilizado na explicação do Principio Constitucional da Igualdade, introduzido para o ordenamento jurídico pátrio com vigor pelo saudoso escritor e jurista Rui Barbosa.

Obvio que não só de elogios o novo Código de Processo Civil não se faz. Na mesma margem de soluções trazidas pelo *Códex* de 'Fux', mas, com certeza, muitos outros problemas serão criados. Infelizmente um analise do projeto em regra se visualiza as suas vantagens, mas só na prática quando o projeto vira lei e que se notam todos os aspectos não favoráveis.

Em todos os eventos, artigos, livros e colunas em ciências jurídicas que tem como tema de direito tributário e o novo CPC a unanimidade de que o novo Código de Processo Civil atingiu em diversas áreas a aplicação do direito tributário, dentre elas: a coisa julgada, ação rescisória e a Súmula 343 do STF e a Ameaça à segurança jurídica tributária; **Execução fiscal e o incidente de desconsideração de personalidade jurídica; e todas estas minucias a aplicação ao processo administrativo tributário.**

O objetivo deste estudo, e analisar, sem pretensão nenhuma de esgotar todas as minucias sobre o tema, referente ao processo administrativo tributário e as implicações trazidas pelo novo Código de Processo Civil vigente no Brasil.

1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Algumas distinções importantes entre as regras do processo judicial tributário e a do administrativo na esfera tributaria. A Administração Pública no exercício de sua competência constitucional estabelece controles internos dos seus atos, ao invés de se contentar com controles operados de fora pelo Judiciário. A função de evitar ou dirimir conflitos de interesses

No processo administrativo tributário o objetivo maior e o controle da legalidade do ato administrativo de exigência do crédito tributário. No processo administrativo tributário se utiliza a forma de autotutela da Administração. Há a inexistência de uma legislação processual uniforme para todos os Entes

tributantes. Prevalecendo assim, em regra, do Princípio da Verdade material em face da Verdade Material em face da Verdade Formal; Fundamento maior no direito de petição, e no Devido Processo Legal à luz da Ampla Defesa e do Contraditório.

Apesar de garantir quanto à possibilidade de combate ao ato administrativo, o rito do julgamento cria dificuldades aos contribuintes: julgamentos em primeira instância, na esfera federal, realizados apenas por agentes fiscais; fechados. Ressaltasse a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, vez que e competência privativa de órgãos jurisdicionais, presunção de legalidade em favor da Administração Pública.

Contudo podemos dizer claramente que o Objeto maior do Processo Judicial e pacificação de litígio na área fiscal, através da formação de coisa julgada material, conferindo estabilidade e segurança jurídica às partes envolvidas quanto ao objeto da lide. No Processo judicial tributário a legislação geral e uniformizada, antes o CPC/73 ora suprida pelo ou novo Código de Processo Civil. E ainda a existência de Leis especiais uniformes, tais como: lei de Execução Fiscal nº. 6.830/80; lei de Mandado de Segurança, Lei nº. 12.016/09; e Medida Cautelar Fiscal, Lei nº. 8.397/92.

Analisando a legislação do processo Administrativo tributário fazemos a princípio a partilha entre âmbito nacional; nível estadual e municipal. Aos principais atos no âmbito federativo possui como legislação administrativa tributaria: a lei geral do processo Administrativo federal, Lei nº 9.784/99; a Consolidação das normas sobre processo Administrativo Tributário pelo Decreto nº. 7.574/11; possui ainda o status de lei ordinária, pelo que foi recepcionado, o Decreto nº 70.235/72; a Portaria nª 343/2015 que é o Regimento Interno do CARF[14]; e ainda citamos, a Portaria do MF nº341/2011, ora o Regimento do DRJ[15].

14. CARF=Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

15. Sobre os DRJ vale citar parte do brilhante artigo para a Revista Dialogo Jurídico do Mestre em Direito o drº. Marcus Vinicius Neder sobre DECISÃO DEFINITIVA NO PRO-

A legislação do âmbito Estado do Rio de Janeiro, aos principais atos: Código tributário Estadual do Rio de Janeiro, o Decreto-Lei nº 05/75; Regulamento do processo administrativo tributário, Decreto nº 2.473/79; Regimento Interno do conselho de Contribuintes, a Resolução SEFCON nº5.927/2001;

Sobressai o questionamento sobre a interação das regras do processo judicial e administrativo tributários. Nesta importasse compreender o patamar de que se obtinha com o Código de Processo Civil de 1973 para o atual Código de Processo Civil de 2015, quanto a princípio sobre a subsidiariedade do Códex.

Para esclarecimentos devemos expor que a o código de Processo Civil anterior, CPC/73, não havia determinação expressa de que os Tribunais Administrativos o apliquem no caso de lacunas e/ou omissões na legislação processual administrativa. Nos Decretos nº 70.235/72 e 7.574/11, também não havia qualquer menção à aplicação subsidiaria ao CPC. O que existia erra apenas a menção ao CPC no artigo 24, do Decreto nº7.574/11, por tratar das provas admitidas em direito.

CESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E O RECURSO DE OFÍCIO "O julgamento realizado no âmbito das Delegacias da Receita Federal de Julgamento (DRJ), em primeira instância, apresenta duas possibilidades: - decisão de primeira instância contrária ao contribuinte. A DRJ decide manter a exigência fiscal. Abre-se, a seguir, a possibilidade do contribuinte requerer a reapreciação da decisão por meio da interposição de recurso voluntário à segunda instância administrativa. A matéria é, então, apreciada por um órgão de julgamento colegiado e paritário – o Conselho de Contribuintes. - decisão de primeira instância favorável ao contribuinte. A Delegacia de Julgamento (DRJ) reconhece a improcedência da cobrança. Deve-se, a seguir, examinar o montante de crédito tributário exonerado por esta decisão. Se for superior ao limite de alçada, há recurso de ofício obrigatório ao Conselho de Contribuintes . Nesta hipótese, o processo é encaminhado de ofício à segunda instância para que se proceda ao reexame da matéria. Se o Conselho confirmar a decisão da DRJ, o crédito tributário é exonerado definitivamente. Se, por outro lado, a decisão de primeira instância for reformada pelo Conselho de Contribuintes, o contribuinte poderá interpor recurso voluntário à Câmara Superior de Recursos Fiscais. Da decisão das Câmaras dos Conselhos de Contribuintes cabem ainda dois tipos de recurso à instância especial - Câmara Superior de Recursos Fiscais. São eles: recurso especial de divergência entre decisões de Câmaras e recurso especial contra decisão unânime, este último só previsto para o Fisco. A decisão desta mais alta instância põe fim ao processo administrativo sem previsão de qualquer revisão se favorável ao contribuinte. Todavia, se o contribuinte não obtiver sucesso, a lei6 prevê a inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa da União para formação de certidão (título executivo extrajudicial) que possibilita sua cobrança judicial por meio da propositura de ação de execução pela Fazenda Nacional."

A interação das regras do processo judicial e administrativo tributário na esfera estadual, no Estado do Rio de janeiro, já mantinha uma conduta distinta da federal.

O Decreto estadual do Rio de Janeiro nº 2.473/79, já prevê a subsidiariedade a legislação processual, como podemos analisar em leitura ao artigo 168 do decreto:

> "Art. 168. Na ausência de disposição expressa neste Regulamento **aplicam-se subsidiariamente a legislação federal especifica e a processual civil**, naquilo em que não forem incompatíveis com a índole do processo administrativo-tributário." (**GRIFFO NOSSO)**

Bem o que se havia de fundamentos para aplicação do Código de Processo Civil anterior, CPC/73 aos processos administrativos, vinha de uma construção doutrinaria sobre a hermenêutica onde se utilizava norma contida no artigo 108 do Código tributário Nacional, CTN, e artigo 4º da antiga Lei Introdução ao Código Civil, LICC, hoje denominada lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que componha a seguinte redação:"Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.".

Alias o próprio artigo do Condigo Tributário Nacional encontrasse no capítulo sobre a integração e o artigo antecede, o artigo 107 conduz sobre a interpretação, vejamos o mesmo:

> "CAPÍTULO IV
>
> Interpretação e Integração da Legislação Tributária
>
> Art. 107. A legislação tributária será interpretada conforme o disposto neste Capítulo.

> Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:
>
> I - a analogia;
>
> II - os princípios gerais de direito tributário;
>
> III - os princípios gerais de direito público;
>
> IV - a eqüidade.
>
> § 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.
>
> § 2º O emprego da eqüidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.”

Mas ainda inexistia uma norma complementar nacional a respeito do processo administrativo tributário em todas as esferas. O que existe e o projeto de Lei Complementar nº. 381/2014. Pois há necessidade de se corroborar normas do processo administrativo que reproduzam institutos ou incidentes decorrentes do CPC, como, por exemplo, a respeito do ônus da prova, falha na representação processual, preclusão, comparecimento espontâneo aos autos, etc.

Vejamos alguns dos julgados do CARF que aplicavam o CPC/73 ao processo administrativo tributário federa, citamos o material do ilustre Professor Associado USP o Drº. Paulo Ayres Barreto apresentou no II Seminário CARF de Direito Tributário pelo em que dispõem os seguintes exemplos:

‘Exercício: 2006 IRRF - ÔNUS DA PROVA - CPC ARTIGO 333 - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. A regra contida no artigo 333 do CPC é de aplicação subsidiária ao PAF. Cabe ao contribuinte a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do fisco. Não comprovada a retenção pela

fonte pagadora, tampouco o recolhimento por parte do beneficiário dos rendimentos, incabível o aproveitamento do respectivo valor na Declaração de Ajuste Anual. (Acórdão 2201-001-980, Sessão de 23/01/2013)"

"FALHA NA INTIMAÇÃO - COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO AO PROCESSO. O comparecimento espontâneo do interessado ao processo, do qual obteve cópia integral, supre qualquer eventual falha na intimação da decisão de primeira instância. Considera-se ocorrida a ciência na data do recebimento das cópias, contando a partir daí o prazo para interposição de recurso voluntário. Aplicação subsidiária do art. 214, § 1º, do CPC e do art. 26, § 5º, da Lei nº 9.784/1999.'

"ITR - Falta de instrumento de procuração - Duplo Grau de Jurisdição Administrativa. 1 - O próprio sujeito passivo, em processo administrativo, ao contrário do judicial, pode subscrever impugnações e recursos. O fazendo através de Advogado, deverá ser anexado instrumento de procuração. Não estando o processo devidamente instruído com a mesma, deverá a autoridade julgadora a quo, saneando o processo nos termos do art. 13 do CPC, intimar o contribuinte para anexá-la. Decisão que não conheça do recurso por falta de instrumento de procuração, sem antes intimá-lo nos termos supra, será nula por afetar o direito de defesa do contribuinte. 2 (...) (Acórdão 201-70.652, DOU 22/09/1997)"

O Mandado de Segurança que a seguir vamos observa demonstra claramente esta integração. No referido Mandado de Segurança o impetrado sobre ato em processo administrativo tributário em esfera estadual que impedia o contribuinte de interpor embargos de declaração sobre decisão em processo administrativo tributário no estado do Rio de Janeiro:

> "MandadodeSegurançanº0451712-34.2015.8.19.0001 _ Pretende a Impetrante (...) suspender a exigibili-

> dade dos créditos tributários em análise, enquanto pendente de julgamento os processos administrativos fiscais, visando o conhecimento e julgamento dos embargos de declaração opostos... (...) à luz dos princípios da ampla defesa e do contraditório previstos na constituição federal, bem como na própria legislação estadual, a qual prevê a aplicação subsidiaria do CPC ao processo administrativo tributário. (...) o contribuinte não pode ser privado da aplicação de seus embargos de declaração opostos. ”

Podemos assim descrever que não foi só com advento do atual Código de Processo Civil, CPC/73 que se melhorou a integração do Código de Processo Civil ao processo administrativo tributário. Na verdade o avanço da integração das regras do Código de Processo Civil ao processo administrativo Tributário se deu, a princípio, com o uso de todos os princípios usados em todos os processos administrativos que sejam: estabilidade, isonomia, confiança legitima na administração, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, e eficiência.

Contudo na esfera federal o avanço maior na integração do Código de Processo Civil ao processo administrativo tributário se deu com a criação do artigo 62-A, em 21 de dezembro de 2010, no antigo RICARF, Portaria MF nº. 256/2009, onde determinava aos julgamentos administrativos de aplicar aos casos em julgamento os artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil vigente na época, ou seja, CPC/73. Com esta portaria se alcançou a estabilização das discussões tributarias no âmbito do STJ e STF passando a impactar, em razão de norma expressa, diretamente no processo administrativo tributário federal.

Esta portaria deu um ensejo enorme que posteriormente criou-se a Lei nº 12.844/13,o que impede a RFB de realizar autuações fiscais quanto às matérias decididas pelo rito dos

artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil vigente na época, ou seja, o CPC/73.

Nesta crescente mudança de cenário brasileiro de interação e integração do Código de Processo Civil vigente na época, ou seja CPC/73. eis que surge o novo Codex Processual brasileiro a Lei nº 13.105, publicada em 17 de março de 2015, que contempla o novo Código de Processo Civil (CPC/15 ou NCPC).

E neste novo procedimento processual, CPC/15, contem norma expressa sobre a subsidiariedade e suplementações vejam:

> Art. 15. **Na ausência de normas** que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou **administrativos**, as disposições deste Código lhes **serão aplicadas supletiva e subsidiariamente**. **(grifo nosso)**

Entendesse por supletiva o que se compõem com total ausência de norma em esfera de regulação de processo administrativo onde o código processual, CPC/15 ocupa função de substituir a norma o "normativo-substitutiva'.

Entendesse como subsidiaria a aplicação do CPC/15 quando pressupõem regulamentação for omisso a norma administrativo, dai se diz que o Código de Processo Civil de 2015 ocupa função "normativo-complementar".

Ressalva que a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADIN nº. 5.492, proposta pelo Estado do Rio de Janeiro, em 01/04/2016, contem entre os artigos contestados, também o artigo 15 do CPC/15. Contesta o Estado do Rio de janeiro que a aplicação do art.15 do Código de Processo Civil, CPC/15, ainda que subsidiariamente ou supletiva, o processo administrativo que não seja de esfera federal. Alega ofensa ao artigo 18, da Constituição da República Federativa do Brasil, em sua autonomia federativa.

Observasse que na referida ADIN embora conteste a aplicação do artigo 15 do Novo Código de Processo Civil não es-

pecifica a questão do processo administrativo tributário. Em contra partida, caso oposição ao uso da aplicação ao artigo 15 do Código de Processo Civil, CPC/15 em processo administrativo tributário seria um contrassenso no viés que a própria legislação estadual do Rio de Janeiro, artigo 168 do Decreto 2.473/79, já integrava e subsidiaria o *Códex* processual brasileiro, CPC/15, aos processos administrativos tributários no estado do Rio de Janeiro em matéria omissiva.

Vale também expor que o Código de Processo Civil atual, CPC/15, em seus artigos 926 e 927 normatizaram e sistematizaram o uso dos Procedentes o que não podemos deixar de expor considerações aos impactos na esfera do processo administrativo tributário. Uma vez que levou a criação do artigo 62-Ado RICARF anterior, o antigo 62, § 2º, do atual RICARF, redação pela Portaria MF nº. 152/2016, considerando a determinação do NCPC de cumprimento obrigatório das modalidades e procedentes judiciais, deve-se alterar a redação de tal disposição ou se interpretá-lo em consonância com artigo 927.

Por tanto tão resolução cria além dos julgados em repetitivos e repercussão geral, os atualmente chamados apenas de repetitivos, artigo 1036 a 1041 do NCPC, os Conselheiros deverão seguir os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais, *in casu* do TRF e do TST.

No mesmo entender, não podemos deixar de comentar que a Portaria do PGFN nº502/2016, de 12 de maio de 2016, pela qual demonstra a total influencia do sistema de procedentes do Código de Processo Civil vigente, CPC/15, e seu impacto na esfera administrativa.

CONCLUSÃO

Havia anterior ao Código de Processo Civil atual, CPC/15, na esfera federal uma inexistência de legislação processual administrativo bem como uma norma que dispusesse claramente a interação, subsidiariedade ou submissão ao processo administrativo tributário sobre o Código de Processo Civil antigo, CPC/73.

108 do Código tributário Nacional, CTN, e artigo 4º da antiga Lei Introdução ao Código Civil, LICC, hoje denominada lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,

Com isso o que se havia na esfera federal no processo administrativo tributário e uma formação doutrinaria e de analogia aos artigos 4º da antiga LICC, atual INDB, e ao artigo 118 do Código Tributário nacional, CTN. Que ao logo do tempo foi se construindo um posicionamento e sobre saindo em portarias com um viés desta interação.

O Código de Processo Civil traz alguns aspectos bastante importantes. Algumas codificações influenciam o cenário e o Código faz parte deste contexto. Relativa à motivação, exige dos processos uma fundamentação maior, o contraditório e o direito transparecer com mais força.

O novo Código de Processo civil, CPC/15, expressamente, instaura uma maior e complexa interação entre as normas do processo judicial ao processo administrativo, não apenas por aplicação subsidiaria, mas também por aplicação supletiva de seus comandos.

Esta interação tem fundamento maior em princípios constitucionais melhorando a distribuição do ônus da prova e tira presunções, diante das peculiaridades da causa. Com a exigência de um contraditório efetivo, o juiz não pode decidir sem que não tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar.

O sistema de procedentes normatizado no Código de processo atual, CPC/15, impacta diretamente nos julgamentos

realizados pelo Conselho Administrativo de recursos Fiscais, bem como influenciara na forma de atuação do PGFN também na forma administrativa. A vinculação do CARF aos procedentes judiciais é uma questão delicada de como deve agir um tribunal administrativo em caso de demandas repetitivas.

Em derradeiro, numa linha de análise temporal, o novo Código de Processo Civil, CPC/15, vem trazendo a evolução humana juridicamente falando nos processos administrativos tributários, trazendo mais espaço e valor aos procedentes judiciais, proporciona maior segurança jurídica e previsibilidade ao contribuinte, garantido a uniformidade na aplicação das regras tributarias, e sobretudo, o tratamento isonômico na aplicação administrativa da lei tributária para casos semelhantes.

BIBIOGRAFIA

AURELIO, MARCO Meirelles. " INVALIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO: O PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL A aplicabilidade da teoria geral do recursos civis no PAF Vícios materiais x Vício formais: conceitos e alcance. 2010. Disponível em: http://idg.carf.fazenda.gov.br/publicacoes/monografias/paf-1o-lugar-marco-meirelles-aurelio.pdf

NEDER, Marcos Vinicius. "DECISÃO DEFINITIVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E O RECURSO DE OFÍCIO".Artigo para Revista Dialogo Jurídico; N º. 17 – 2008 – Salvador – Bahia – Disponivel em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/neder_dec_proc_adm_fiscal_rec_of%EDcio.pdf>

BARRETO, Paulo Ayres. "Aspectos relevantes do processo administrativo fiscal". II Seminário CARF de Direito Tributário Brasília (DF), 30/08/2016 e 31/08/ 2016. Disponível em: <http://

idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/2016/ii-seminario-carf-de--direito-tributario-3/ii-seminario-carf-5-p-paulo-ayres-aspectos-relevantes-do-paf.pdf>. Acesso em 07/10/2016.

MACHADO, Hugo de Brito. "O Novo CPC". Jornal O Povo, de 30/6/2010. Disponível em: <http://qiscombr.winconnection.net/icet/paginas/interna.asp?pag=artigoslista>. Acesso em 20/4/2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954, pp. 90-215.

Constituição da República de 1946: "Art. 5º – Compete à União: XV – legislar sobre: b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário".

CANTO, Gilberto de Ulhôa. "Do Processo Tributário Administrativo". *In*:*Teoria do Direito Tributário*, Curso Editado pela Secretaria da Fazenda de São Paulo, São Paulo: 1975, p. 95 *apud*BONILHA, Paulo Celso Bergstron.*Da prova no Processo Administrativo Tributário*. 2ª edição, São Paulo: Dialética, 1997, p. 32-33.

BONILHA, Paulo Celso Bergstron. *Da prova no Processo Administrativo Tributário*. 2ª edição, São Paulo: Dialética, 1997, p. 37.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Do Lançamento*: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 6.

TORRES, Ricardo Lobo. "Processo Administrativo Tributário". In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1999, p. 167.

RECONHECIMENTO DO ANIMAL COMO SUJEITO DE DIREITO

Fernando José Souza de Araújo

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como finalidade analisar os animais, não mais como meras coisas, mas sim como sujeitos de direito, dotados de direitos, porquanto são seres sencientes, que sentem dor, sofrimento, alegria, prazer e saudade.

Destarte, há de se notar que os mesmos possuem presença de estados mentais que caminham com suas sensações físicas, bem como sistema nervoso desenvolvido, tendo capacidade de aprender e memorizar, além de serem dotados de toda uma vida biológica e psicológica.

É relevante asseverar que esta pesquisa visa contribuir de forma positiva para o reconhecimento dos animais como pessoa não humana, dotada de personalidade jurídica, sendo assegurados a eles os direitos à vida, ao desenvolvimento de sua espécie e ao não sofrimento, dentre outros.

Neste trabalho, será abordado o animal como sujeito de direito, expondo como os animais eram vistos em épocas hesternas. Inicia-se este assunto versando sobre o preconceito que havia dos animais humanos contra os animais não hu-

manos, seus óbices para que estes não tivessem seus direitos reconhecidos, tanto no antropocentrismo quanto no especismo, bem como assevera a questão da alimentação e das experiências inerentes a eles.

Ademais, pondera-se a questão do animal como ser senciente, tendo em vista que são seres dotados de sentimentos e emoções. Trata-se de uma análise do animal como pessoa e da diferença entre aquele e este. Ressalta-se a questão da personalidade dos animais não humanos, bem como o pensamento hodierno no mundo sobre essa questão, onde diversos Países estão começando a reconhecer o animal como Sujeito de Direito.

A questão jurisprudencial será asseverada, no Brasil, onde se tem interessantes decisões que demonstram uma mudança de paradigma sobre a tutela dos animais. As jurisprudências que serão abordadas para finalizar este presente trabalho:

- RECURSO ESPECIAL DE Nº 1115916/MG - SACRIFÍCIO DE CÃES E GATOS VADIOS APREENDIDOS PELOS AGENTES DE ADMINISTRAÇÃO;
- HABEAS CORPUS EM FAVOR DA CHIMPANZÉ SUIÇA;
- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE 1856/RJ - CASO DE RINHA DE GALO.

Por fim, conclui-se este trabalho com citação de dois eventos essenciais para corroborar este estudo como um todo, além das palavras de Jeremy Bethan que resumem o antes e agora em relação ao que está ocorrendo no mundo sobre os “seres que sentem”.

DESENVOLVIMENTO

A ideia em relação aos animais teve início na Grécia antiga, onde as explicações, em sua maioria, eram constituídas por meio de mitos.

Criava-se uma preocupação em fazer distinção entre os animais e os seres humanos, isto é, iniciava-se uma ideia de "ordem natural" hierárquica entre os seres vivos, onde o humano tem atribuição de virtude e razão.

Sócrates dizia que: "As plantas existem em benefícios dos animais, e as bestas brutas em benefícios do homem - os animais domésticos para seu uso e alimentação; os selvagens (ou a maioria deles) para servir de alimento e outras necessidades da vida, tais como roupas e vários instrumentos" (ARISTÓTELES *apud* SINGER, 2004, p.215).

Os romanos criaram a categoria coisa que estaria subordinada a alguém. Nessa categoria estariam mulheres, crianças, os deficientes mentais, escravos e os animais.

Na idade média, havia relatos de vários processos em que animais eram julgados por condutas delituosas. O historiador Edward Evans chega a compilar 191 casos de julgamento de animais nos séculos XV, XVI e XVII (LOURENÇO, 2008, p.168). Os animais poderiam ser condenados (prisão humana; enforcamento; queimado vivo; enterrado vivo ou apedrejado até a morte, como os seres humanos) ou excomungados (punição religiosa que retirava os animais do local que moravam).

A alimentação do homem pela carne do animal é um luxo, não necessidade nas sociedades industrializadas, porque é possível auferir alimentação alternativa e adequada. Os animais são engordados com grãos e outros alimentos que poderíamos comer diretamente (SINGER, 2012, p. 72).

Ao se refletir sobre a ética do uso de carne animal para os humanos, deve-se analisar uma situação que um interesse humano menor deve ser confrontado com o bem-estar dos animais envolvidos e também com à vida. O princípio da igual consideração de interesses não permite que interesses maiores sejam sacrificados em função de interesse menores.

Destarte, além de tirar as vidas dos animais, muitas outras coisas acontecem para que cheguem às nossas mesas, como castração, separação de mães e filhotes, separação de rebanho, marcas com ferro em brasa, o transporte e o momento do abate.

O uso de animais em experiências tenta ser justificado sobre alegação de que essas experiências nos levam a novas descobertas sobre os seres humanos, já que aqueles seriam parecidos com estes.

No teste Draizer, os coelhos ficam em dispositivos imobilizadores, ficando apenas com a cabeça de fora, impedindo que cocem ou esfregue os olhos após a aplicação da substância testada como alvejante, xampu ou tinta. O método consiste em puxar a pálpebra inferior e colocar a substância por um "copinho", podendo até ser repetido o procedimento, perdurando até 3 semanas. Uma das principais reações e a perda total da visão (SINGER, p.80, 2013).

Tem-se também o teste com LD, onde se têm corantes e conservantes artificiais que são testados com o intuito de encontrar a "dose letal" ou nível de consumo que levará à morte cinquenta por cento de determinada amostra de animais. Quase todos adoecem e acabam morrendo antes do ponto. A morte pode ser motivada pela alta concentração ou pelo grande volume engolido. O intuito deste teste é saber qual é a dose da substância que matará a metade dos animais. O interessante é que os animais ficam agonizando e não são libertados do tormento, porquanto há temor da corolários imprecisos (SINGER, 2013, p.79).

Destarte, têm-se muitas outras experiências com animais, onde o único fim é algo de interesse humano, em que na maioria das vezes não é inerente a salvar vidas humanas.

O que se pode concluir desses testes, é que obviamente causam muita dor e sofrimento aos animais, e as principais descobertas são coisas óbvias, conhecidas por qualquer pessoa que tenha um rudimentar bom-senso, como por exemplo,

que uma vítima de intermação deve ser resfriada, sendo difícil levar isso a sério, quando se usam animaizinhos peludos que quando muito aquecidos, urinam em si mesmos ou quando drogados com atropina (SINGER, 2013, p.95).

Embora a palavra senciência não consta no dicionário Aurélio, seu adjetivo "senciente" significa "que sente" (FERREIRA, A. B. H. Aurélio, de 1999). Logo, são possuidores de sistema nervoso desenvolvido e são dotados de sentimentos como dor, alegria, saudade e afeto, isto é, possuem toda uma vida biológica e psicológica. É uma combinação de sensibilidade e consciência (http://pensamentosdoser.blogspot.com.br/2011/03/animais-seres-sencientes.html).

Com base numa abordagem neurológica, é notório que a senciência é, sobretudo, reconhecida nos animais vertebrados - que possuem estrutura formada por osso e cartilagem, isto é, coluna vertebral -, pois têm sistema nervoso central e enorme capacidade de aprender e memorizar.

Jeremy Bentham, em pleno século XIX, já afirmava que o que deveria ser objeto de debate entre o dever de compaixão dos seres humanos perante os animais não deveria ser a questão dos animais terem linguagem ou de razão, todavia sim se seriam capazes de sofrer.

Parece até estranho nós chamarmos um animal de pessoa, mas o que deveria ser perguntado é se são realmente seres racionais e autoconscientes, dotados de uma certa consciência de si mesmo, tendo passado e futuro.

Os cientistas norte-americanos Allen e Beatrice Gardner conseguiram a concretização do antigo sonho de ensinar nossa linguagem a membros de outras espécies, ao desconfiarem que o fracasso das tentativas anteriores fosse pelo fato de não disporem do aparelho vocal necessário para reproduzir sons da linguagem humana, porém não pelo motivo de não possuírem inteligência necessária para tal (SINGER, 2012, p. 120).

Ao saberem disso, cuidaram de uma jovem chimpanzé como se fosse bebê sem as cordas vocais, ensinando-a a linguagem norte americana de sinais usada pelos surdos. Essa técnica revelou-se extraordinariamente um sucesso.

Posteriormente, a chimpanzé Washoe mudou-se para Ellensburg, onde passou a conviver com outros chimpanzés e, sobre os cuidados de Roger e Deborah Fout. Nesta localidade, adotaram um bebê chimpanzé, o qual foi ensinado pela Washoe à linguagem norte americana dos sinais espontaneamente.

Todo ano Roger e Deborah montavam uma árvore de natal cheia de enfeites comestíveis, após o dia de ação de graças. A combinação de sinais "árvore doce" usada pelos chimpanzés era para fazer referência à árvore de natal. Em 1989, começou a nevar depois do dia de ação de graças, no entanto à árvore supracitada não tinha sido montada e, por isso Tatu (outro chimpanzé) fez a seguinte pergunta: "Árvore doce?" à Deborah Fouts, isso porque ele sabia que aquela era a época da mesma. Mais tarde, Tatu se lembrou de que era o aniversário do chimpanzé "Dar", que vinha um pouco depois do de Deborah. Nos aniversários dos chimpanzés, eles eram presenteados com sorvete, por isso após a comemoração do aniversário da Cientista, Tatu perguntou: "Dar Sorvete?".

A partir daqui, supõe-se que o macaco é capaz de se expressar por sinais e detém consciência de si mesmo. Não há dúvida que muitos animais também dispõem de formas de comunicação entre si, sejam canções das jubartes, os zumbidos e assobios dos golfinhos, os uivos e latidos dos cães, o canto dos pássaros, bem como a dança das abelhas domésticas quando retornam para colmeia (SINGER, 2012, pag. 122).

É notório que há outras situações em que os Seres com senciência demonstram a capacidade de consciência de si e percepção da consciência de outro. Uma situação intrigan-

te foi o comportamento, observado por Frans de Wall, dos chimpanzés, em que eles vivem em grupos, no qual havia um macho que representava uma figura dominante, o qual atacaria outros machos que de alguma forma tentasse acasalar com as fêmeas receptivas. Wall observou que os chimpanzés machos despertam um intenso desejo sexual das fêmeas, sentando-se com as pernas abertas e o pênis ereto em frente a ela. Em uma dessas ocasiões, um macaco juvenil estava seduzindo uma fêmea quando surgiu o macho dominante. Aquele cobriu o pênis com as mãos para que este não o visse.

Pode-se falar que outra situação interessante foi a que Goodal escondeu algumas bananas numa árvore e ocorreu o seguinte:

Num determinado dia, após certo grupo ter se alimentado, o jovem Figan percebeu que tinha uma banana que ficou despercebida pelo grupo, porém Golias (um macho adulto acima de Figan na escala hierárquica do grupo), estava repousando em baixo dela. Figan afastou-se e foi sentar-se do outro lado da tenda, de maneira que a fruta ficasse fora do seu campo visual. Após quinze minutos, Golias se levantou e afastou-se do local onde estava a banana, sem hesitar Figan foi até o local e pegou a banana.

É óbvio que Figan tinha avaliado o local e a circunstância, pois se tivesse tentado pegar a fruta enquanto Golias dormia, certamente ele acordaria e pegaria ela. Se ele tivesse ficado perto dela, ficaria olhando pra ela (SINGER, 2012, p. 126).

É notório que não há como descrever todas as ocasiões que os animais, em especial os macacos, independente do tipo demonstram capacidades de raciocinar, autoconsciência, capacidade de aprendizagem de comunicação, como por exemplo, no caso de sinais e sistemas de noções de tempo, bem como capacidade de planejamento de futuro.

Eram esperadas muitas maneiras de se traçar linha divisória entre os humanos e os animais.

Primeira, costumavam dizer que os seres humanos eram os únicos que usavam ferramentas, no entanto descobriram que o pica-pau das Ilhas Gálagos usava espinho proveniente de cacto para poder arrancar insetos de buracos das árvores.

Segunda, após isso, sugeriram que mesmo os animais usando ferramentas, os seres humanos eram os únicos que faziam suas próprias ferramentas, entretanto Jane Goodall descobriu que os chimpanzés das florestas da Tanzânia mascavam certas folhas objetivando criar esponjas, as quais lhes permitiam absorver água, além disso, arrancavam as folhas dos galhos para fazer ferramentas com intuito de apanhar insetos (SINGER, 2012, p.82).

Terceira, outra linha limítrofe era o uso de linguagem, onde só os humanos poderiam ter, porém têm-se chimpanzés, gorilas e orangotangos aprendendo a linguagem de sinais dos surdos, além de haver indícios que as baleias e os golfinhos teriam uma linguagem própria bem complexa.

Benthan afirmou que o fato de um determinado ser não usar algum tipo de linguagem ou não fazer suas ferramentas não poderia ser um motivo para que ignore o seu sofrimento.

Alguns filósofos afirmam que existem diferenças mais complexas, como o fato do animal não ser apto de pensar ou raciocinar e, por causa disso, não tem consciência de si mesmo ou uma concepção. Para eles os animais não vivem o aqui e agora, não se veem como diferentes num passado e um futuro, além de não terem autonomia para escolher o modo que preferirão viver suas vidas.

É relevante lembrar que existem seres humanos com deficiência mental, estes que se poderiam ser considerados menos conscientes (ou autônomos) do que vários animais. Caso essa característica fosse usada para colocar um abismo entre humanos e os animais, na verdade, colocar-se-ia também um abismo entre os humanos e os humanos menos capazes.

Para maior parte dos filósofos, esta resposta é forçada, pois seria horrível usar a ideia de seres humanos dotados de deficiência mental em experiência dolorosa ou engordá-lo para fins gastronômicos.

Adverte-se que é importante lembrar que os argumentos usados até o presente momento são para elevar o status do animal, não para diminuir o do ser humano. Não há aqui sugestões para que os deficientes mentais sejam de certa forma forçados a comer alimentos com corante até que se saiba se a substância é segura ou não para o ser humano, embora não se pode negar que os resultados seriam mais precisos que os testes realizados com coelhos ou cachorros (SINGER,2012, p. 88).

Quanto à questão da descoisificação dos animais, a Austrália, foi pioneira e teve, em 1988, o §285A introduzido ao seu código civil, prevendo: "Os animais não são coisas."

Na Alemanha, teve, em 1990 o §90A introduzido ao seu código civil, prevendo: "Os animais não são coisas."

Na Suíça, teve, em 2003, o art. 641A introduzido ao seu código civil, prevendo: "Os animais não são coisas."

No Brasil, tem-se o projeto de lei nº 351/2015, do Senador Antônio Anastácia, que prevê, no código civil brasileiro: "Os animais não são coisas."

Salienta-se que o art. 225§1º,VII da Constituição Federal norteia a questão da tutela dos animais, no Brasil.

Quanto a questão da personalidade, o Dep. Federal Ricardo Izar dispõe um PL 6799/13, que confere personalidade sui generis aos animais domésticos e silvestres, pelo fato de não serem meras coisas, e sim seres sencientes, que sentem dor, emoção e são capazes de sentir dor (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739).

Têm-se jurisprudências, no Brasil, em que o desígnio é tutelar os interesses dos animais, os quais estão gradativamente sendo vistos como seres dotados de sentimentos e emoções.

Serão abordadas três jurisprudências, tendo em vista o objetivo de viabilizar a concretização daquilo que está sendo asseverado, nas quais nasce um pensamento positivo por parte do judiciário quanto a questão da tutela dos seres sencientes:

Primeira, RECURSO ESPECIAL DE Nº 1115916/MG - SACRIFÍCIO DE CÃES E GATOS VADIOS APREENDIDOS PELOS AGENTES DE ADMINISTRAÇÃO- Rel. Humberto Martins.

Trata-se de recurso especial movido pelo Município de Belo Horizonte em face de um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas, ao tribunal entender ser inviável sacrificar, animais que foram apreendidos nas ruas da localidade, por meio cruel.

O recorrente alegou, com fulcro no Art. 1.263 do Código Civil, que os animais não recolhidos nas ruas, os não reclamados no centro de controle de zoonose pelos respectivos donos no prazo limite de 48 horas ou os entregues de modo voluntário na repartição pública, poderiam, pelo seu entendimento, ter a destinação que quisesse.

Foi dado não provimento ao recurso de forma unânime e, entendido pelo relator Humberto Martins, que existiam dois equívocos por parte do município de minas gerais. O primeiro, na afirmação de que os animais são coisas, de modo que se aplicasse a eles o disposto no Art.1.263 do CC; e segundo, o achar que a administração pública teria o poder discricionário para dar o fim que achasse conveniente a esses animais, ora errantes

O relator afirmou que não tem explicação o fato de seres como cães e gatos, possuidores de todo um sistema nervoso desenvolvido, e de sentimentos, como dor, manifestação de afeto, isto é, possuintes de toda uma vida biológica e psicológica, serem considerados objetos materiais desprovidos de sinais vitais, ou seja, simples coisa.

Ao contrário, o relator entende ter consciência de que os animais não-humanos têm atributos muito similares aos dos homens, por isso, deveriam ser respeitados e protegidos.

É notório que surge uma mudança de paradigma, por causa dessa decisão, na qual os animais não estão sendo considerados pelo status jurídico meras coisas, surgindo, então, necessidade de haver respeito aos animais de nas suas individualidades.

Segunda, HABEAS CORPUS EM FAVOR DA CHIMPANZÉ SUIÇA

O caso em tela foi bem emblemático. Houve muita repercussão, tanto nacional quanto internacional.

Um grupo de defensores de animais impetraram um habeas corpus em favor da chimpanzé suíça, em que a mesma estava privada de poder se locomover, isto é, sem poder usar seu direito de locomoção, sua liberdade de ir e vir. Ela ficava numa cela, que não atendia suas necessidades mais básicas, não tendo o menor tratamento digno.

Ao receber o habeas corpus, o Magistrado decidiu extinguir sem exame de mérito por perda do objeto, uma vez que houve a morte da chimpanzé suíça. Essa aceitação por si só demonstra que está havendo um grande avanço no mundo jurídico, tendo em vista a necessidade de se ponderar questões sobre esse tema.

É evidente que isso foi de suma relevância, pois admitiu que ações que versassem sobre esses direitos pudessem preencher os pressupostos do processo e as condições da ação, havendo possibilidade de se permitir mais facilmente a tramitação nas instâncias judiciárias.

Segundo Heron Santana, o Juiz Edmundo da Cruz, da 9º vara criminal da comarca de salvador, recebeu pedido e mesmo negando a liminar, recebeu o habeas corpus e intimou a parte coatora para elucidar informações sobre o caso em tela.

As palavras de Heron sobre o caso foram de que Suiça VS. Jardim Zoológico de Salvador se tornou um marco histórico sobre o direito do animal no Brasil, ressaltando-se uma das reivin-

dicações primordiais do movimento abolicionista; em que o reconhecimento do animal como sujeito de direito, tendo capacidade de ir a juízo reivindicar seus direitos, isto é, capacidade de ser parte e gozar de capacidade jurídica

Terceira, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE 1856/RJ - CASO DE RINHA DE GALO

Trata-se de uma ação de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da República, que teve o intuito de ponderar a validade jurídica e constitucional da Lei nº 2.895/98, do Estado do Rio de Janeiro. A lei supracitada foi editada com objetivo de dar validade à exposição de competição entre aves, não pertencentes à fauna silvestre.

O procurador alegou que a regra da lei estadual violava o Art. 225, caput c/c Art.225, §1º, VII, ambos da CRFB/88, uma vez que submete os animais à crueldade nas chamadas rinha de galo. A ALERJ -Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro- disse que essa rinha de galo seria relevante para as comunidades do interior do estado, tendo em vista que tal prática seria uma forma de manifestação cultural do local. Ela diz que o Art. 225, §1º, VII da Constituição não incluiu os animais domésticos em sua tutela, bem como as aves que participam das praticas não eram silvestres, portanto não havia o que se falar em ofensa à Constituição.

O Ministério Público Federal - MPF - deu procedência à solicitação do PGR (Procurador Geral da República), asseverando em suma, que existia sim ofensa à Constituição Federal, pois a lei estadual supramencionada viola à proteção dada aos animais pelo dispositivo do Art. 225, §1º, VII da CF, uma vez que engloba à fauna em sentido amplo, compreendendo inclusive os animais domésticos em cativeiros.

O Relator Celso de Mello, em seu voto, confirmou as alegações do ministério Público, pois a Lei Estadual objetivava disci-

plinar brigas de galos, tendo intuito de regularizar sua prática, sendo esta caracterizada como ato cruel contra animal. O que se pode observar aqui é a violação ao Art.225,§1, VII da CF/88, além de violar o Art. 32 da Lei nº 9.605/98, norma infraconstitucional, que inibi prática de crueldade aos animais.

Por fim, o relator elucidou que a Constituição traz um conceito muito abrangente de meio ambiente, objetivando vedar maus-tratos a qualquer espécie de vida, protegendo os animais não-humanos na sua individualidade, inclusive na sua integridade.

Portanto, a Lei estadual nº 2.895/98 foi declarada inconstitucional, por unanimidade de votos, levando-se em conta a necessidade de se dar proteção à fauna e a ela vedar maus-tratos, além de garantir a subsistência do homem num meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Portanto, cabe destacar dois eventos essenciais para corroborar a abordagem deste estudo como um todo, embora estejam surgindo novos eventos a todo o momento que contribuem de forma favorável e salutar para a tutela dos animais:

- Declaração de Direitos Universais dos Animais pela UNESCO; e

- O Reconhecimento do Animal como Sujeito de Direito, na França.

Uma célebre comentário que resume o esterno e o hodierno em relação ao que está ocorrendo no mundo quanto aos seres sencientes, é o de Jeremy Bethan, o Pai do Utilitarismo, que diz:

"Chegará o dia em que o restante da criação vai adquirir aqueles direitos que nunca poderiam ter sido tirados deles senão pela mão da tirania. Os franceses já descobriram que o escuro da pele não é motivo para que um ser seja abandonado, irreparavelmente, aos caprichos de um torturador. É possível que algum dia se reconheça que o número de pernas, a viscosidade da pele ou a terminação *dosacrum* são motivos igualmente insuficientes para se abandonar um ser sensível ao

mesmo destino. O que mais deveria traçar a linha insuperável? A faculdade da razão, ou talvez, a capacidade de falar? Mas, para lá de toda comparação possível, um cavalo ou um cão adultos são muito mais racionais, além de bem mais sociáveis, do que um bebê de um dia, uma semana, ou até mesmo um mês. Imaginemos, porém, que as coisas não fossem assim, que importância teria o fato. A questão não é saber se são capazes de raciocinar, ou se conseguem falar, mas sim se são passíveis de sofrimento" (SINGER, 1993, p.43).

CONCLUSÃO

Esta pesquisa tem por finalidade analisar a situação dos animais, que hodiernamente estão começando a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, tendo em vista que são dotados de sentimentos, paixões, isto é, são seres sencientes, tendo toda uma vida biológica e psicológica.

No entanto, hesternamente eram reconhecidos como objetos de direitos, ou seja, mera propriedade do homem, tendo em vista que na época regia-se o antropocentrismo, em que havia uma preocupação em fazer distinção entre os animais e os seres humanos, isto é, tinha-se uma ideia de "ordem natural" hierárquica entre os seres vivos, na qual o humano tem atribuição de virtude e razão. Seriamos, nós seres humanos, racionais e os únicos seres capazes de pensar com coerência e ciência da realidade, em suma, "o homem como centro do mundo", tendo controle sobre todas as coisas e criador das coisas.

Além disso, tinha-se a figura do especismo, que imputa maior peso aos interesses de seus membros que aos de outras espécies, revelando discriminação com as diferentes, tendo como exemplo, a situação em que justificavam experiências com animais porque seriam desprovidos de inteligência, no entanto a verdade é que os mesmos são mais inteligentes até que alguns membros da classe humana como, por exemplo, os

indivíduos com graves deficientes mentais e os bebes recém-nascido até um mês de vida, além de excluírem as minorias, contidas dentro dessas os animais.

Assevera-se que Ryder em sua obra, Animals, Men and Morals, já criticava e objetava experimentos dolorosos e abusivos realizados em não-humanos (FRANCIONE, 2014, p.43).

Ressalta-se que os animais não são meros objetos de direitos, e sim sujeitos de direitos, pois são seres sencientes, dotados de sentimento, inclusive de sofrimento, sendo esta característica a que lhes atribui direito à igualdade de condição.

A senciência é a capacidade dos animais de sentirem dor, medo, prazer, alegria, estresse e até saudade. Ela também pode ser definida como a presença de estados mentais que acompanham as sensações físicas. É um conceito que combina os termos sensibilidade e consciência.

Ressalta-se que os animais não são meros objetos de direitos, e sim sujeitos de direitos, pois são seres sencientes, dotados de sentimento, inclusive de sofrimento, sendo esta característica a que lhes atribui direito à igualdade de condição.

Ao saber que os animais não humanos são seres sencientes - dotados de sistema biológico; psicológico e de locomoção; este sobretudo, quando procuram alimentos e fogem dos predadores; além de terem capacidades adicionais; inclusive de aprendizagem, a qual aumenta na busca por buscarem alimentos - esta pesquisa tem como foco contribuir de maneira positiva para o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos, garantido a eles os direitos à vida, ao desenvolvimento da sua espécie, ao não sofrimento, dentre outros que lhe proporcionem liberdade e dignidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/cci-

vil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2012.

BRASIL. Artigo 12 do Código de Processo Civil. **Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973.**

BRASIL. **Decreto n.º 24.645 de 10 de julho de 1934**. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action? id=39567>. Acesso em 18 ago. 2012.

BRASIL**. Lei n.º 10.406 de 10 de julho de 2002. Código Civil do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 20 jul. 2012.

BRASIL. **Lei n.º 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 25 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1115916 / MG**. Segunda Turma. Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. Humberto Martins. Brasília, 18 de setembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900053852&dt_publicacao=18/09/2009>. Acesso em: 2 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1856/RJ**. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?

s1=%28Rinha+Galo%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 26 ago. 2012.

CRUZ, Edmundo Lúcio. **Sentença do Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça**. In Revista Brasileira de Direito Animal. a. 1, n. 1, v. 1 (jan/dez 2006). Instituto de Abolicionismo Animal, Salvador. 2006.

DIAS, Edna Cardozo, **A defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil.** Fórum de Direito Urbano e Ambiental. Editora Fórum. Belo Horizonte, n.º 17. 2004, pgs. 1918 a 1926.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. Saraiva. São Paulo, 2006.

_____________. & MARQUES, Marcone Rodrigues. **Maus tratos e crueldade contra animais nos Centos de Controle de Zoonoses aspectos jurídicos e legitimidade ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública**. In BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 03 a 06 de junho de2002: 10 anos da ECO-092: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002.

FERREIRA, A. B. H. Aurélio século XXI: **o dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Nova Fronteira, Rio de Janeiro: 1999.

FRANCIONE, Gary L. **Animals – property or persons?** In: SUNSTEIN, Cass R., NUSSBAUM, Martha C. Animal Rights: current debates and new directions. Oxford, 2004.

GLABERSON, William. **Legal Pionners Seek to Raise Lowly Status os Animals**. In New York Times. Aug. 18, 1999. Disponível em http://query.nytimes.com/gst/fullpe.

html?res= 9500E2DE1638F93BA2575BC0A96F958260&sec=spon=&pewanted=2.

GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Animais em juízo:** direito, personalidade jurídica e capacidade processual. Revista de Direito Ambiental, vol. 17, n.65, p. 333-366, jan./mar. São Paulo, 2012.

LIMA, Fernando Bezerra de Oliveira. **Habeas Corpus para animais: admissibilidade do HC "Suiça"**. Revista Brasileira de Direito Animal, vol. 2, n.3, p. 155-192, jul./dez. Salvador, 2007.

LOURENÇO, Braga. **Direito dos animais**. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre. 2008.

MARTINS, Renata de Freitas. **Direito comparado e Tutela dos animais**. Disponível em: http://www.aultimaarcadenoe.com.br/dacomparado.htm. Acesso: 21 abr. 2004.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Martins Fontes, São Paulo. 1993.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Martins Fontes, São Paulo. 2012.

SINGER, Peter. **Libertação Animal.** Via Óptima, Porto. 2000.

SINGER, Peter. **Vida Ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Trad.: Alice Xavier. 2º edição. Ediouro, Rio de Janeiro. 2002.

http://www.estudopratico.com.br/animais-vertebrados-fotos-caracteristicas-e-classificacao/

http://www.anda.jor.br/03/02/2015/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes

http://www.gazeta-rs.com.br/109/Pets/n:2778/109/Pets/n:2527/Franca-altera-Codigo-Civil-e-reconhece-animais-como-seres-que-tem-sentimentos

http://www.pensataanimal.net/pensadores/152-sonia-t--felipe/400-animais-sujeitos-de-direitos-emocionais

http://br.sputniknews.com/portuguese.ruvr.ru/news/2015_01_29/franca-reconhece-animais-como-seres--vivos-6917/

http://pensamentosdoser.blogspot.com.br/2011/03/animais--seres-sencientes.html

http://www.camara.gov. br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao = 601739

HOMOFOBIA E O DIREITO: BREVES DELINEAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Gabriela Soares Balestero

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 proibiu a discriminação de qualquer tipo seja por raça, cor, sexo e qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, IV). Nesse sentido, pode-se considerar que a Constituição, fundada em uma sociedade pluralista (Preâmbulo), não permite que o Estado promova ou permita haver discriminações, inclusive quanto à orientação sexual e à identidade de gênero; de igual forma, a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III), diz que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um de seus objetivos (art. 3º, I) e que o Estado Brasileiro dá prevalência aos Direitos Humanos (ar.t 4º, II), além de se colocar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes a igualdade (art. 5º, *caput*) (etc.). Contudo, pouca coisa se fez no Legislativo Federal no que concerne ao combate do preconceito com base na orientação sexual.

O debate sobre a criminalização da homofobia e transfobia teve início com a proposição dos projetos de lei 4.242/03, 3.770/00, 05/2003 e 5.003/2001, reunidos no PLC 122/2006

e que, após ficar dois anos sem movimentação no Senado, foi arquivado em janeiro de 2015,[16] visto que os congressistas continuam desprezando a necessidade de dar proteção legal às conseqüências da vivência prática da homossexualidade, pois, a orientação sexual do ser humano não deve acarretar qualquer diferença de tratamento pelo Estado, pelo contrário deve receber o seu amparo e proteção.

É necessário derrubar o preconceito e criminalizar práticas discriminatórias quanto à orientação sexual, visto que em um Estado Democrático de Direito, não basta a inclusão social (política de redistribuição), é necessário também o reconhecimento.[17] O sistema de direitos fundamentais deve estar apto a detectar que certa minoria não possui o devido reconhecimento – violando-lhe o direito de igual tratamento em sua diversidade – e, pois, criar os meios necessários para incluí-la, tal como reclamado pelo art. 5º, §2º da Constituição. Nesse sentido, mostra-se premente a necessidade de proteção legal das minorias sexuais (LGBT) que estão colocadas à margem do descaso dos governantes, da violência e do preconceito. Eis o objetivo do presente estudo.

1. O PROJETO DE LEI N. 122/2006, A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DE N. 26: A INÉRCIA LEGISLATIVA E JURISDICIONAL EM CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA

Primeiramente, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 prevê no art. 3º como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de dis-

16. http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/01/05/projetos-antigos-do-senado-serao-arquivados.

17. No sentido dado por FRASER, Nancy. Escalas de Justicia. Barcelona: Herder, 2008.

criminação. A Lei n° 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe importantes modificações no Título VI da Parte Especial do Código Penal que antes era chamada de "Crimes contra os Costumes", que agora passou a ser "Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual".

A sexualidade humana não pode ser reduzida a parâmetros, pois é um bem jurídico importante, mas, sobretudo, é atributo do ser humano, irredutível, indominável irreprimível, indeterminável, a não ser pela própria liberdade individual e por isso, cabe ao direito assegurar a toda pessoa o direito de expressar livremente a sua sexualidade, qualquer que seja sua orientação sexual. Para isso deve impedir que a sexualidade seja exercida sob ação de qualquer espécie de violência, moral ou física.

Com a reforma do Código Penal trazidas pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, eliminou-se qualquer tutela penal específica à mulher no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. Ademais a Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006, apelidada de Lei Maria da Penha, criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

No dia 20 de julho de 2010 foi sancionado o Estatuto da Igualdade Racial[18] que estimula e cria ações afirmativas, políticas públicas em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça ou cor, de maneira a dar-lhes igualdade de oportunidades, sendo, portanto, um grande avanço. Isso para não se lembrar que, desde 1989, está regulamentada a disposição constitucional que considera crime o

---

18. No Estatuto de Igualdade Racial não há previsão de cotas para negros em universidades, empresas e até mesmo nas candidaturas políticas, porém cria a Unilab, ou seja, a Universidade Federal de Integração Luso Afro-Brasileira, que será situada no Ceará na qual proporcionará a integração dos brasileiros com os africanos.

racismo (lei 7716/89) – lei esta que não restringe o racismo a questões de raça, cor e etnia, mas o expande para procedência nacional e mesmo religião.

Entretanto, apesar de tantos avanços legais em proteção à discriminação e qualquer tipo de violência à mulher, à origem étnica, à raça e à cor, incluindo inclusive a reforma do Código Penal, há ainda um déficit de representação política e de proteção legal aos milhares de cidadãos homoafetivos (LGBT) brasileiros.

> Na Constituinte de 1988, ao proibir discriminação de qualquer tipo, o Congresso legalizou "ser" homossexual. Desde então, contudo, pouca coisa se fez no Legislativo para combater o preconceito com base na orientação sexual. Em sua atividade, os congressistas continuam a desconsiderar as conseqüências práticas da vivência plena da homossexualidade. Ser hétero ou homossexual não deveria acarretar qualquer diferença em termos de tratamento pelo Estado. Mas, na prática, acarreta. [19]

O Projeto de Lei da Câmara n. 122/2006 oriundo da e Deputada Iara Bernardes (PT-SP), cuja relatora é a senadora Fátima Cleide (PT-RO), foi arquivado em janeiro de 2015 por não ter tido movimentação, como dissemos acima. Ele previa que seriam punidos, na forma da lei os crimes resultantes de discriminação, ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, incluindo inclusive a penalização da proibição da manifestação da afetividade em locais públicos.

Esse projeto equiparava a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero à discriminação de raça, cor, etnia, reli-

19. PORTO, Alexandre Vidal. O Congresso e os homossexuais. **O Globo**, Opinião, 21/09/2007, p. 7.

gião, procedência nacional, sexo e gênero, sendo que os autores de tais crimes podem ser punidos com pena de reclusão e multa. Para cada modo de discriminação há uma pena específica.

Devido à inércia legislativa e diante da ausência de debate público sobre essa questão o Partido Popular Socialista (PPS) e a ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais ambas ajuizaram, respectivamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão de n. 26 e o Mandado de Injunção de n. 4733 perante o Supremo Tribunal Federal, visando reconhecer a omissão inconstitucional do próprio Poder Público em executar ações afirmativas voltadas ao reconhecimento de minorias de orientação sexual e de gênero distintas da maioria.

Tais ações constitucionais visam obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser a criminalização específica decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).

No que tange à ADInO. n. 26, o Diretório Nacional do Partido Popular Socialista (PPS) que a ajuizou pede que o Supremo Tribunal Federal declare a omissão do Congresso Nacional em não legislar a respeito da criminalização da homofobia – ou, mais especificamente, de não aprovar projeto de lei que busca equiparar a homofobia àqueles crimes já previstos na lei 7716/89.

Segundo o Diretório Nacional do Partido Popular Socialista (PPS), a "lei de racismo" (lei 7716/89) constitui uma lei geral

contra todas as formas de discriminação – tanto é assim que não circunscreve o racismo apenas a raça e cor, mas estende a proteção contra outras formas de discriminação como a religião, por exemplo. Dessa forma, se sustenta a **tese** de que, seguindo-se a *ratio decidendi* fixada no paradigmático HC. 82424, "**Racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro e a homofobia e a transfobia – espécies de racismo – implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras (que se identificam com o próprio gênero)**".

Ainda, que há um mandamento constitucional para que o Brasil puna todas as formas de discriminação **(art. 3º, IV)**, incluídas aí as de conteúdo racista **(art. 5º, XLII)** e quaisquer que sejam atentatórias a direitos e liberdades fundamentais **(art. 5º, XLI)**, da forma como está hoje, já se reconheceu uma proteção especial contra violências decorrentes de cor, raça, procedência nacional e religião (na lei de racismo), violência doméstica (na lei Maria da Penha), menores (ECA), idosos (Estatuto do Idoso); contudo, vive-se um estado de "**proteção deficiente**", pois que há uma outra minoria que é alvo de constantes violências de toda ordem que se encontra desprotegida de mecanismos eficazes de proteção das vítimas e punição dos agressores, que são as minorias sexuais, visto que **o Congresso Nacional se recusou a votar o PLC122/06 (e outros a ele anexados)**, **deixando-o de tal forma que ele será agora arquivado em definitivo**.

É dizer, os partidos políticos no Brasil não tomam partido! O Congresso Nacional não teve a coragem nem de aprovar e nem de rejeitar o PLC122/06, relegando para "nunca" um posicionamento sobre o tema, ou melhor, "decidindo não decidir". Ao não decidir o Congresso Nacional já mostra o seu posicionamento a respeito: a exclusão e o não reconhecimento das minorias LGBT.

Segundo Álvaro da Silva[20], "é arbitrário excluir determinadas pessoas, em razão da concepção que tenham de seu próprio bem, de quaisquer direitos distribuídos pela estrutura básica da sociedade."

Ao contrário do que ocorre na esfera municipal[21] e estadual[22], em nível federal o Legislativo federal vem demonstrando completo desprezo[23] no reconhecimento dos direitos das minorias sexuais[24].

---

20. VITA, Álvaro de. Justiça e diferença: a tolerância liberal. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 439.

21. "Ao contrário da 'dificuldade' na aprovação de leis federais em favor dos homossexuais, constatamos que, no nível local, os momentos organizados veem conseguindo a aprovação de um número significativo de leis, além da constituição de fóruns institucionais de discussão e promoção dos direitos dessa minoria. Em um rápido apanhado, destacamos: - *Leis Orgânicas Municipais:* Aracaju (art. 2°); Campinas (art. 5°, XVIII; Florianópolis (art. 5°, IV); Fortaleza (art. 7°, XXI); Goiânia (art. 1°); Macapá (art. 7°); Paracatu (art. 7°, VIII); Porto Alegre (art. 150); São Bernardo do Campo (art. 10); São Paula (art. 2°, VIII); Teresina (art. 9°); - *Legislação Municipal:* Belo Horizonte (leis 8.176/01 – regulamentada pelo Dec. 10.681/01 – e 8.719/03); Campinas (lei 9.809/98 – regulamentada pelo Dec. 13.192/99 – e lei 10.582/00); Campo Grande (lei 3. 582/98); Goiânia (Res.06/05); Fortaleza (lei 8.211/98); Foz do Iguaçu (lei 2.718/02); Guarulhos (lei 5.860/02); Juiz de Fora (leis 9.789/00 e 10.000/01 e Res. 13/06); Londrina (lei 8.812/02); Maceió (leis 4.667/97 e 4.898/99); Natal (lei 152/97); Porto Alegre (Lei Complementar 350/95); Recife (leis 16.730/2001 e 16.780/02 – regulamentada pelo Dec. 20.558/04 – e lei 17.025/04); Rio de Janeiro (leis 2.475/96 e 3.786/02); Salvador (lei 5.275/97); São José do Rio Preto (lei 8.642/02); São Paulo (lei 10.948/01, Dec. 45.712/05, Dec. 46.037/05, Dec. 50.594/06, Orientação Normativa 06/02, Res. SSP 42/00 e 285/00, Port. 08/05; Teresina (lei 3.274/04)." (BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT, *cit.* p. 101.)

22. "Na pista de dança de uma boate, nove casais homossexuais trocaram alianças e celebraram na noite do dia 28/06/10 um casamento gay coletivo em Belém (PA). Organizada por grupos de apoio à causa LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros), a festa foi comandada por uma Defensora Pública do Estado. Além disso, a Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul baixou um provimento que traz regras para a oficialização nos cartórios de uniões entre homossexuais". Direito Homoafetivo [s/d]. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=86>.

23. "A omissão do Congresso denota resquícios de uma mentalidade arcaica, descolada da realidade social do país e que não encontra eco na Justiça ou no compromisso de representatividade que os congressistas assumiram ao se elegerem. Ao eximir-se da responsabilidade de legislar para os homossexuais, o Legislativo nega direitos a uma parcela importante da população brasileira, que o elegeu. Haverá explicações para essa inação, mas nenhuma delas faz sentido político. A proteção legal das minorias promove e preserva a diversidade e a riqueza social do Brasil. A contribuição dos homossexuais para a construção da nação brasileira é importante e não pode ser ignorada pelo Congresso. Nada, além de preconceito puro e simples e de falta de compromisso com a cidadania do eleitorado, justifica a omissão do Legislativo brasileiro em relação aos direitos dos homossexuais." (PORTO, Alexandre Vidal. O Congresso e os homossexuais, *cit*., p. 7)

24. "É possível, então, articularmos um discurso sobre discriminação por orientação sexual em minorias? Efetivamente, é possível, na medida em que existe um padrão

Um exemplo da atuação protetiva às minorias sexuais no âmbito dos Estados é o estado da Paraíba, cujo governo do estado inaugurou, no dia 05 de agosto de 2010, o novo prédio da Delegacia de Crimes Homofóbicos, no centro da cidade de João Pessoa. Esta Delegacia bem como o cargo de delegado especializado foram criados pela Medida Provisória 129 de julho de 2009.

Alguns estados brasileiros já possuem essa comissão de combate à homofobia: Mato Grosso, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro[25], Espírito Santo, Pará, Goiás, Minas Gerais, além da cidade paulista de Guarulhos, Maceió, Belo Horizonte, Salvador, Brasília e São Paulo.

Contudo, na esfera federal o Congresso Nacional não se posiciona na defesa dos direitos humanos dos homoafetivos, simplesmente não decidindo, pois, como se sabe, há uma forte oposição a projetos que tratem de promoção de direitos das minorias que tenham orientação sexual e de gênero distinta da maioria em função dos membros da bancada evangélica. Sendo assim, questões envolvendo as minorias sexuais sequer são discutidas, rompendo com aquilo que se espera de um regime democrático constitucional, ou seja, a discussão de temas polêmicos e fraturantes da nossa sociedade.

---

dominante, ao que o Professor Joaquim Barbosa Gomes se referiu anteriormente. Podemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas, também, heterossexual, ou, mais modernamente denominado, heterossexista. Portanto, baseado nessa perspectiva, podemos cogitar em minoria." (RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001, p. 156.)

25. O Governador do Estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, o Secretário de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos Ricardo Henriques e o Superintendente de Direitos Individuais, Coletivos e Difusos Cláudio Nascimento, inaugurarão na Central do Brasil, os serviços de apoio às populações LGBT, religiosos e pessoas vivendo com HIV-Aids. Os seguintes serviços serão abrigados: (1) Centro de Referência e Promoção da Cidadania LGBT da Capital, (2) Disque Estadual de Cidadania LGBT, (3) Núcleo de Monitoramento de Crimes Contra LGBT, (4) Comissão Processante para o Cumpra-se da Lei 3406/00, que pune a homofobia, (5) Conselho Estadual dos Direitos da População LGBT/RJ, (6) Centro de Referência e Promoção da Liberdade Religiosa e Contra a Intolerância, (7) Centro de Referência e Promoção dos Direitos das Pessoas Vivendo com HIV/AIDS e Pessoas Discriminadas Por Outras Doenças, (8) Centro de Formação de Cidadania e Diversidades, (9) Centro de Documentação e Informação LGBT, (10) Gestão Institucional da Superintendência de Direitos Individuais, Coletivos e Difusos da SEASDH e (11) Núcleo do Programa Rio Sem Homofobia.

> Segundo Relatório da ILGA, em 2008 oitenta e seis países, membros das Nações Unidas, "ainda criminalizavam as relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo (..). Entre eles, 7 apresentam dispositivos legais com penalidade de morte como forma de punição" (OTTOSSON, 2008, p.4). A despeito dos méritos da Resolução e da urgência na aprovação de atos internacionais vinculantes, é importante anotar que ainda não existe nenhuma Convenção Internacional sobre o tema.[26]

É necessário, portanto, derrubar o preconceito e reconhecer constitucionalmente a homoafetividade como família[27] e criminalizar práticas discriminatórias, de maneira a proporcionar o reconhecimento de direitos e de respeitar cada indivíduo em particular, independentemente da orientação sexual que ele possua.

As minorias sexuais são vítimas da intolerância constante. A situação se agrava quanto maior a rede de proteção estatal, por exemplo, LGBT que moram nas favelas cariocas são alvos do preconceito e da violência de milicianos e traficantes e muitos acabam sendo assassinados por causa de sua orientação sexual. Tal situação de violência é igualmente refletida nas escolas: certos grupos, como travestis e transexuais têm um percentual de evasão escolar muito maior do que a maioria.[28]

---

26. BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT, *cit.* p. 90.

27. "Em segundo lugar, manter os homossexuais excluídos de direitos que são garantidos aos cônjuges em casamentos heterossexuais implica impor um ônus pessoal aos primeiros que a alternativa contrária – a legalização da união civil entre homossexuais – não impõe aos partidários dos valores familiares dominantes." (VITA, Álvaro de. Justiça e diferença: a tolerância liberal, *cit*., p. 435.)

28. PEREIRA, Graziela Raupp ; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco . Direito Fundamental à Educação, Diversidade e Homofobia na Escola: desafios à construção de um ambiente de aprendizado livre, plural e democrático. **Educar em Revista,** v. 39, p. 51-71, 2011.

Assim, a não previsão legal da punição da homofobia no Brasil constitui uma violação direta dos ordenamentos constitucional e convencional, não podendo o País alegar em sua defesa questões como "reserva legal" ou "silêncio eloquente", uma vez que há um comando não apenas objetivo/direto, mas também urgente quanto ao tratamento da questão da homofobia nos Estados Americanos.

> O DIA: O que falta para a aprovação do projeto de lei que criminaliza a homofobia no Brasil?
>
> Fátima: Relatei o projeto de lei em março de 2008. Mas até agora ele não pôde ser votado sequer na Comissão de Assuntos Sociais por causa de pedidos de vista e votos em separado feitos por alguns senadores. A verdade é que esta proposta tem enfrentado grande rejeição por parte de parlamentares que compõem a Frente Evangélica no Congresso, que são contra sua aprovação.
>
> E o que esses políticos dizem sobre a violência gerada pela homofobia?
>
> O Congresso Nacional é reflexo da sociedade. Como boa parte dos brasileiros tem preconceito, muitos têm receio político de se posicionar na defesa dos direitos humanos, sobretudo de homossexuais. O Congresso é muito homofóbico.[29]

Consoante Roger Raupp Rios[30] "o Brasil é conhecido como um dos países em que há o maior número de assassinatos por orientação sexual [...] de que a cada dois dias uma pessoa é assassinada no Brasil em função de sua orientação sexual, informação absolutamente avassaladora". Em sentido similar:

---

29. CLEIDE, Fátima. O Congresso é muito homofóbico. *Jornal O Dia*, 13/09/2009.
30. RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*, *op. cit*. p. 155.

> Mas a homofobia no Brasil também mata: um homossexual a cada três dias é morto de forma violenta em razão de sua sexualidade. Isso coloca o Brasil no topo dos mais homofóbicos do mundo. Dia 01/07 completa uma semana do assassinato bárbaro de Alexandre Ivo, um adolescente de 14 anos morto com pauladas e enforcamento em São Gonçalo – RJ por skinheads – grupo que prega a "fobia" contra gays, negros, nordestinos, etc. O jovem voltava para casa. Enquanto isso o Congresso brasileiro tem em mãos desde 2006 um Projeto de Lei que inclui os homossexuais entre os protegidos contra o crime de racismo e discriminação, impondo penas mais severas que as hoje existentes, mas, mais do que isso, reconhecendo ser este um problema, uma questão que deve merecer tratamento específico por parte do Estado. Ao que tudo indica, entretanto, nossos parlamentares não estão muito interessados em aprovar o PL este ano – ou, quiçá, em qualquer época, inclusive porque setores religiosos são contra o projeto, argumentando que a liberdade religiosa seria limitada, o que não nos parece fazer sentido, pois, um discurso que seja estritamente religioso pode/deve ser protegido pela Constituição; entretanto, se alguém em nome de Deus (?) promove bullying, discurso de ódio, tais atitudes/manifestações sempre foram ilícitas.[31]

Nesse sentido reconhecer a homofobia como um problema e criminalizar práticas discriminatórias quanto à orientação sexual é uma via extremamente fecunda para o funcionamento da própria democracia que deve ser constituída

31. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil. **A Tribuna Pousoalegrense**, Pouso Alegre, v. 240, p. 6, 03 jul. 2010.

pela adesão dos princípios da liberdade e da igualdade, sendo base para uma cidadania democrática[32].

A ausência de proteção legal às minorias sexuais traz o seguinte questionamento: qual o grau de exclusão social que um sistema considerado democrático, como o brasileiro, pode aceitar? A exclusão social[33] acarreta a degradação do ser humano em suas manifestações e o afastamento das minorias da discussão política e do amparo aos seus direitos.

> Ora, nada é mais certo do que o fato de suprimir virtualmente a minoria não ser uma conseqüência nem necessária e nem natural da liberdade; que, longe de ter qualquer ligação com a democracia, tal fato opõe-se diametralmente ao primeiro princípio desta, ou seja, representação proporcional em números. É uma parte essencial da democracia que as minorias devam ser adequadamente representadas. Nenhuma democracia verdadeira será possível exceto uma falsa demonstração dela sem essas minorias.[34]

O Brasil, por sua vez, a despeito de possuir a segunda maior rede de ONGs[35] LGBT do mundo – a maior rede de mi-

---

32. MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Neto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 1, n. 2, p. 87-107, jul./dez. 1994.

33. "O resultado é a violência nas cidades (meninos de rua, favelados e outros), no campo (posseiros, sem – terra, índios, padres e outros) e contra grupos e minorias (crianças, adolescentes, mulheres, população negra, comunidades indígenas, migrantes nordestinos), como diagnóstico característico dos conflitos em torno dos direitos humanos no Brasil. Esse horror é efetivamente institucionalizado no direito penal pela impunidade sistemática dos agentes estatais e empresariais; e na política e burocracia, pela corrupção. As vítimas não são apenas as pessoas; com elas, vitima-se também a democracia, o Estado de Direito, o Estado de Bem Estar Social, os direitos de defesa contra o Estado bem como, em termos iguais, os direitos de participação, e sobretudo a central 'igualdade perante a lei'." (MILL Stuart. **O Governo Representativo.** São Paulo: Escala, 2006.p. 28.)

34. MILL Stuart. **O Governo Representativo.** São Paulo: Escala, 2006, p. 116.

35. Sobre a ampliação da presença da sociedade civil na arena pública, ver AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil, Instituições Participativas e Representação: da autorização à legitimidade da ação. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 3, 2007, p. 443-464.

litância deste segmento na América Latina (a ABGLT) – e a maior quantidade – tanto em números quanto em eventos – de marchas LGBT, apresenta o **desconcertante dado de não possuir nenhuma lei federal que contemple de forma geral e direta quaisquer das históricas reivindicações deste grupo vulnerável**, entre elas a regulamentação do casamento homoafetivo, a criação de políticas educacionais anti-homofobia e a equiparação da homofobia ao crime de racismo. Assim, o Estado Brasileiro tem o dever de zelar pela defesa e proteção das minorias que sofrem preconceito em decorrência de sua orientação sexual de maneira a efetivar o caráter garantidor e protetivo previsto no art. 5, **§§2º e 3º** da Constituição Federal.

> Essa exigência não visa em primeira linha ao igualamento das condições sociais de vida, mas sim à defesa da integridade de formas de vida e tradições com as quais os membros de grupos discriminados possam identificar-se. Normalmente ocorre que o não reconhecimento cultural coincide com condições rudes de demérito social, de modo que as duas coisas se fortalecem de maneira cumulativa. Polêmico é definir se a exigência 2 resulta da exigência 1 – ou seja, se ela resulta do princípio de que deve haver igual respeito por cada indivíduo em particular – ou se essas duas exigências têm mesmo de colidir, ao menos em alguns casos.[36]

A Fundação Perseu Abramo, junto com a Fundação Rosa Luxemburgo Stiftung, realizou uma pesquisa sobre os graus de intolerância – ou respeito – a comportamentos sexuais LGBT[37].

---

36. HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 240.

37. *FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO;* F*UNDAÇÃO ROSA LUXEMBURGO STIFTUNG.* Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil Intolerância e respeito às diferenças sexuais. Junho de 2008. Disponível em: <http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/pesquisas-de-opiniao-publica/pesquisas-realizadas/conheca-pesquisa-diversidade-sexual->.

Gustavo Venturini, comentando sobre a pesquisa mostra que, quando perguntados sobre se existe preconceito contra LGBT no Brasil, mais de 90% dos entrevistados responderam afirmativamente. Curiosamente, no entanto, quando perguntados se eles possuíam este preconceito, menos de 30% o admitiram. Ao se aprofundar no grau de preconceito dos entrevistados, a pesquisa revelou que:

> 6% dos entrevistados (...) foram classificados como tendo forte preconceito contra LGBTs; 39% como portadores de um preconceito mediano (...) e 54% manifestaram um grau de preconceito que foi classificado como leve (...). A leitura negativa é que apenas 1% não expressou qualquer nível de preconceito[38].

Outro dado da pesquisa mostra que **quando perguntados sobre se o Poder Público deveria ter políticas de combate à discriminação contra LGBT, ou se isso é uma questão que deve ser resolvida no âmbito privado, "70% concordam com a segunda alternativa, contra apenas 24% [que concordam com a primeira]"[39].**

Alexandre Bortolini, por sua vez, menciona uma pesquisa realizada pelo IBOPE em 2008 que se mostrou que:

> 56% dos entrevistados mudariam sua conduta com o colega de trabalho se soubessem que ele é homossexual. Um em cada cinco se afastaria e passaria a evitá-lo. 36% deixariam de contratar um homosse-

38. VENTURINI, Gustavo. Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais – Apresentação. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/combate-a-homofobia-discriminacao-por-orientacao-sexual/Pesquisa_LGBT_fev09_FUNDPERSEUABRAMO_1.pdf. 2009>. Cf. também: VENTURINI, Gustavo. **Intolerância à Diversidade Sexual**. Publicado no site: <http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-anteriores/intolerancia-diversidade-sexual. 2008>.

39. VENTURINI, Gustavo. *op. cit.*, 2009.

> xual para um cargo em sua empresa, mesmo que ele fosse o mais qualificado entre os pretendentes ao cargo. 45% trocariam de médico se descobrissem que ele é gay. 79% ficariam tristes se tivessem um filho homossexual. 8% seriam capazes de castigá-lo. 62% dos entrevistados acham que o pai deve tentar convencer seu filho a mudar de condição quando descobre que é homossexual[40].

É necessário o tratamento equitativo de proteção legal às minorias sexuais com uma política de respeito às diferenças, tendo o Estado o papel de fomentar essa política de proteção e de reconhecimento[41].O sistema de direitos não pode desprezar as diferenças[42], sendo necessária uma política de reconhecimento que preserve a integridade das minorias sexuais, até mesmo em suas condições mais vitais garantidoras de sua própria identidade.

A arquitetônica do Estado de Direito que é muito rica em pressupostos visa a igualar[43] juridicamente e proporcionar o

---

40. BORTOLINI, Alexandre. (coord.).Diversidade Sexual na Escola. Rio de Janeiro: Pró *Reitoria de Extensão da UFRJ, 2008*, p. 27.

41. "O liberalismo 1 ignora a *equiprocedência* das autonomias privada e pública. Não se trata aí apenas de uma complementação que permaneça externa à autonomia privada, mas sim de uma concatenação interna, ou seja, conceitualmente necessária. Pois os sujeitos privados do direito não poderão sequer desfrutar das mesmas liberdades subjetivas enquanto não chegarem ao exercício conjunto de sua autonomia como cidadãos do Estado, a ter clareza quanto aos interesses e parâmetros autorizados, e enquanto não chegarem a um acordo acerca das visões relevantes segundo as quais se deve tratar como igual o que for igual e o desigual o que for desigual." (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**, *cit.* p. 242.)

42. "A política neoconservadora tem uma certa possibilidade de realização se ela encontrar uma base nessa sociedade cindida, segmentada; que ela mesma produz. Os grupos excluídos ou oprimidos à margem não dispõem de nenhum poder de veto, pois representam uma desarticulada minoria segregada do processo de produção. O padrão cada vez mais utilizado no quadro internacional entre a metrópole e a periferia subdesenvolvida parece reiterar-se no interior da sociedade capitalista desenvolvida: os poderes estabelecidos dependem cada vez menos do trabalho e da disposição de cooperação dos empobrecidos e privados de direitos para sua própria reprodução. Entretanto, uma política precisa não apenas poder se impor, ela tem de funcionar também. Mas um abandono definitivo dos compromissos sócio-estatais deixaria, necessariamente, vazios funcionais que só poderiam ser preenchidos através de repressão ou desamparo." (HABERMAS, Jürgen. **A nova intransparência: a crise do Estado de Bem Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas.** Novos Estudos: CEBRAP, n.18, set. 87, p. 110/111.)

43. "Em primeiro lugar, saliente-se que as proibições de discriminação por este ou aquele critério são entendidas como apelo e recordação de fatores que freqüente-

reconhecimento do diferente, ou seja, das coletividades que se distinguem umas das outras, seja pela sua origem étnica, pela tradição, pela forma de vida, ou até mesmo, como ocorre na situação analisada, pela orientação sexual.

A suposta neutralidade do direito é analisada como se questões de reconhecimento jurídico e constitucional, não somente uma mera inclusão e sim reconhecimento com igualdade de condições, tivessem que ser afastadas do direito, suprimindo qualquer discussão por serem inacessíveis a uma regulamentação jurídica imparcial. Para Nancy Fraser reparar a injustiça sem dúvida requer una política de reconhecimento[44].

Segundo Jürgen Habermas[45] **"é preciso poder entender as decisões do legislador político como efetivação do sistema de direitos, e suas políticas como configuração desse mesmo sistema.**"

> E o conceito de 'exclusão social' não diz apenas respeito à pobreza ou marginalização; mas à conhecida e fatal 'reação em cadeia da exclusão' que se estende da exclusão econômica/financeira até a exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos etc.), passando pela exclusão social, sócio-cultural e política.[46]

A configuração democrática do nosso sistema deve incluir e amparar o diferente, igualando direitos, de modo a não ape-

---

mente são utilizados como pretextos injustificados de discriminação, o que não exclui a interdição de outras diferenciações arbitrárias. Deste modo, a ausência de expressa previsão do critério de orientação sexual não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse a explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo. Conforme a parte final do artigo 3º, IV, da Constituição da República, a enumeração constitucional convive com a abertura para 'quaisquer outras formas de discriminação'." (RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001, p. 71/72.)

44. FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética?** In Revista Lua Nova, São Paulo, n. 70, 2007, 107.

45. HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 253.

46. MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Porto Alegre: Unidade editorial, 2000, p. 38.

nas demarcarmos ou delimitarmos políticas e sim atingirmos fins coletivos reconhecendo direitos.

> O poder comunicativo só se forma naqueles espaços públicos que produzem relações intersubjetivas na base do reconhecimento mútuo e que possibilitam o uso das liberdades comunicativas – que possibilitam, portanto, posicionamentos sim/não relativamente a temas, razões (Grunde) e informações livremente flutuantes.[47]

O reconhecimento de direitos migrou para a própria práxis ao constatarmos que no direito positivo e no próprio Estado Democrático de Direito há princípios que possuem uma fundamentação pós - convencional e que devem ser ajustados a uma consciência pública de uma cultura política liberal. Em um Estado Democrático de Direito todos devem ser portadores dos mesmos direitos[48].

> As lutas pelo reconhecimento no estado democrático só possuem força legitimante na medida em que todos os grupos tenham acesso à esfera pública política, tenham voz ativa e possam articular suas necessidades, e ninguém seja marginalizado ou excluído. Já deste ponto de vista da representação e da "qualificação cívica" é importante assegurar as premissas

47. HABERMAS, Jurgen. **Entrevista de Jurgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels.** Novos Estudos CEBRAP, n. 47, março 1997, p. 93.

48. "Mas a legitimidade pretendida está vinculada, de qualquer modo, à hipótese de que o processo político conducente a maiorias seja um processo do povo *na sua totalidade* e não apenas de uma vertente política, de um grupo popular, uma comunidade religiosa ou camada social majoritárias ou minoritárias que 'sustentam o Estado' [staatstragend']. Em termos políticos todos devem ter direitos iguais – do contrário a alternância de maioria e minoria não é mais um mecanismo real. Minorias não devem funcionar como bonecos de papel [Pappkameraden] que de qualquer modo serão novamente vencidos pelo voto; em uma sociedade dividida de forma pluralista, elas devem ter uma chance comprovável de se converterem em maiorias. Isso pressupõe que o povo na sua totalidade possa participar efetivamente do processo político." (MÜLLER, *op.cit*, p. 20-21.)

> efetivas para o gozo em igualdade de chances dos direitos formalmente iguais. Tal não se aplica apenas aos direitos de participação política, mas também aos de participação social e aos direitos individuais, pois ninguém pode agir politicamente de forma autônoma se as condições de emergência de sua autonomia privada não estiverem asseguradas. Neste contexto, sou também favorável ao estabelecimento de cotas; por exemplo, por uma política de *preferred biring* em todos os setores de formação e de ocupação nos quais apenas por esta via possa ser assegurado o 'justo valor" dos direitos iguais para grupos estrutural e historicamente desfavorecidos. Estas medidas devem produzir um "efeito recuperativo" e têm por isso caráter temporário.[49]

A proteção legal dos homoafetivos implica em considerar o outro portador dos mesmos direitos. Portanto, o princípio da igualdade está atrelado ao princípio da antidiscriminação, da anti-subjugação, se relacionando com o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo que se deve conferir iguais direitos, iguais valores às pessoas, independentemente de sua condição, ou de sua orientação sexual.

A aprovação de uma lei similar ao PLC de n. 122/2006 criminalizando práticas discriminatórias em decorrência da orientação sexual e o julgamento pelo STF da ADInO de n. 26, proporcionará maior justiça social, pois todos possuem o direito a um tratamento igual, a ser tratado como igual, sendo este um direito fundamental. Ainda, se o conceito constitucional de racismo é uma construção sócio-política, donde a configuração de racismo se dá com toda situação de inferioridade de um grupo social sobre outro, conforme definido pelo STF no julgamento do HC

49. HABERMAS, Jurgen, *op.cit*, p. 97.

82.424/RS, não há razões para não incluir os atos de violência praticados contra a minoria LBGT como atos de racismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela garantia e proteção de seus direitos é uma luta constante e extremamente atual das minorias sexuais (LBGT), sendo baseadas no reconhecimento da garantia de direitos em prol do respeito princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da não discriminação.

No presente estudo verificou-se a necessidade de mobilização do Legislativo Federal em aprovar uma lei similar ao PLC de n. 122/2006, que criminalize práticas discriminatórias em decorrência da orientação sexual de maneira a proteger as minorias sexuais da violência e do preconceito e do julgamento da ADO de n. 26 pelo Supremo Tribunal Federal de maneira a equiparar a violência contra as minorias LGBT ao racismo.

É competência apenas da União em considerar crimes às práticas violentas praticadas por outras pessoas, geralmente grupos de extermínio, às minorias sexuais (LBGT), devendo o Congresso Nacional efetivamente assumir um seu papel contra-majoritário de maneira a legislar e concretizar os preceitos constitucionais e internacionais relativos à vedação de práticas discriminatórias em decorrência da orientação sexual do ser humano.

Devido à inércia do Poder Legislativo Federal, o Judiciário vem assumindo o seu papel concedendo alguns direitos em determinados casos[50].

---

50. Nos casos de adoção, tem prevalecido nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, o melhor interesse da criança. Baseado nesse princípio a Quarta Turma proferiu em 27 de abril de 2010 uma decisão inédita: permitiu a adoção de crianças por um casal homossexual, lésbicas. Além disso, no dia 24 de agosto de 2010, foi publicada uma decisão histórica, na qual o Supremo Tribunal Federal discutiu pela primeira vez adoção por um casal gay e negou recurso interposto pelo Ministério Público do Paraná, que visava impedir que Toni Reis e David Harrad pudesse adotar filhos em conjunto. A decisão foi proferida no dia 16 de agosto, só vindo a ser publicada no Diário do Supremo Tribunal Federal no dia 24 de agosto de 2010. O relator do caso foi o ministro Marco Aurélio.

A omissão do Congresso Nacional denota a oposição de conservadores bem como vestígios de um pensamento arcaico, excludente e anti-democrático, fora da realidade social do país bem como do compromisso de representatividade que os congressistas assumiram ao se elegerem.

Nesse sentido, o desprezo do legislador em nível federal no trato dessa questão é preocupante, pois nega direitos fundamentais às minorias que os elegeram e que possuem o direito de estarem amparadas pelo poder público.

A aprovação de uma lei penal de proteção às minorias sexuais é uma política pública de ação afirmativa para que não apenas o poder público, mas também toda a sociedade reconheça a necessidade de que tal segmento, que já é carente de políticas direcionadas, tenha amparo protetivo por parte do Estado contra discriminação e violência grave.

Portanto, nada justifica a omissão do legislativo federal brasileiro em relação aos direitos homoafetivos, tendo em vista serem os homossexuais cidadãos e, portanto, devem ser alvo de respeito e proteção por parte do Estado.

BIBLIOGRAFIA

BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. **Revista de Informação Legislativa**, a. 47, n. 186 abr./jun. 2010, p. 89 -106.

BORTOLINI, Alexandre. (coord.).Diversidade Sexual na Escola. Rio de Janeiro: Pró *Reitoria de Extensão da UFRJ, 2008.*

CLEIDE, Fátima. O Congresso é muito homofóbico. *Jornal O Dia*, 13/09/2009.

FRASER, Nancy. Escalas de Justicia. Barcelona: Herder, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A nova intransparência: a crise do Estado de Bem Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas.** Novos Estudos: CEBRAP, n.18, set. 87.

HABERMAS, Jurgen. **Entrevista de Jurgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels.** Novos Estudos CEBRAP, n. 47, março 1997.

MILL Stuart. **O Governo Representativo.** São Paulo: Escala, 2006.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Neto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 1, n. 2, p. 87-107, jul./dez. 1994.

MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Porto Alegre: Unidade editorial, 2000.

FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética?** In Revista Lua Nova, São Paulo, n. 70, 2007.

PEREIRA, Graziela Raupp ; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco . Direito Fundamental à Educação, Diversidade e Homofobia na Escola: desafios à construção de um ambiente de aprendizado livre, plural e democrático. **Educar em Revista,** v. 39, p. 51-71, 2011.

PORTO, Alexandre Vidal. O Congresso e os homossexuais. **O Globo**, Opinião, 21/09/2007,

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual:** a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001.

VENTURINI, Gustavo. **Intolerância à Diversidade Sexual**. Publicado no site: <http://csbh.fpabramo.org.br/o-que--fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes anteriores/intolerancia-diversidade-sexual. 2008>.

VITA, Álvaro de. Justiça e diferença: a tolerância liberal. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

SITES

http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/01/05/projetos-antigos-do-senado-serao-arquivados.

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=86>

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO; FUNDAÇÃO ROSA LUXEMBURGO STIFTUNG. Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil Intolerância e respeito às diferenças sexuais. Junho de 2008. Disponível em: <http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/pesquisas-de-opiniao-publica/pesquisas-realizadas/conheca-pesquisa-diversidade-sexual->.

A EMPRESA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO. POSSIBILIDADE OU IMPOSSIBILIDADE?

Juliana Cidrão Castelo Sales
Rafaela Barbosa de Brito

INTRODUÇÃO

A sociedade encontra-se cada vez mais dinâmica, as pessoas lançam informações em questão de segundos, emitem julgamentos com uma velocidade incrível, é a denominada sociedade da informação.

Ocorre que muitas vezes as informações produzidas e postas para o mundo nem sempre são verídicas, quando são verídicas podem ter sido distorcidas para atrair um maior número de curiosos e mais, as informações podem ser verídicas, divulgadas corretamente, mas simplesmente não fazer mais parte da realidade da pessoa ou da empresa, de modo que a permanência dessas informações no mundo pode estar causando danos irreparáveis, tanto para as pessoas como para as empresas.

Outro ponto a ser considerado é que o decurso do tempo pode tornar a informação inoportuna, impertinente e descontextualizada de modo que a sua disponibilização e manutenção no mundo pode gerar mais prejuízos que vantagens.

É nesse contexto que surge o instituto do direito ao esquecimento como forma de desvincular pessoas e empresas a fatos pretéritos que lhes causem danos.

Nesse diapasão, faz-se relevante a discussão acerca dos direitos da personalidade que normalmente são invocados para proteção da pessoa natural, sob o fundamento de que lhes são inatos. O enfoque que se pretende conferir será para aqueles direitos inclusos dentres os direitos da personalidade, mas que se aplicam não só à pessoa natural, mas também à empresa, como a imagem, o nome, a identidade, a honra, o segredo dentre outros.

O presente trabalho se propõe a abordar tema sensível e polêmico que diz respeito ao direito ao esquecimento no âmbito empresarial.

Inicialmente buscar-se-á identificar quais direitos da personalidade são aplicáveis às empresas, na busca por verificar quais destes são comuns às pessoas naturais e jurídicas e assim possibilitar uma proteção mais efetiva dos mesmos no âmbito empresarial.

Em seguida será abordado o direito ao esquecimento, verificando o seu cabimento ou não no ordenamento jurídico brasileiro no atual contexto, e desde já enfrentando possíveis colisões com o direito à informação.

E por fim, verificar-se-á a plausibilidade da aplicação do intituto do direito ao esquecimento no âmbito empresarial buscando perceber possíveis vantagens e desvantagens à sociedade e à empresa.

1. DIREITOS DA PERSONALIDADE APLICADO ÀS EMPRESAS

O Código Civil já dispunha que a personalidade está ligada a pessoa, quando prevê que a personalidade civil começa com o nascimento, com vida. Clóvis Beviláqua discorrendo sobre o

tema dispôs “A ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres” (BEVILÁQUA, 1999, p.29).

Não obstante os direitos de personalidade estar intimamente ligados à pessoa natural, deve-se considerar que a pessoa jurídica goza de direitos da personalidade. Nesse sentido, dispôs Beltrão “devem ser reconhecidos às pessoas jurídicas alguns direitos especiais, que se ajusta a sua particular natureza, como é o caso do direito à intimidade, ao nome, à honra, direito ao bom nome, direito ao crédito, ao sigilo, ao desenvolvimento de sua personalidade jurídica” (BELTRÃO, 2005, p.94).

Sobre o assunto, Carlos Alberto Bittar assevera “pessoas jurídicas, pois, como entes dotados de personalidade pelo ordenamento positivo, fazem jus ao reconhecimento de atributos intrínsecos à sua essencialidade, como por exemplo, os direitos ao nome, à marca, ao símbolo e à honra” (BITTAR, 2015, p.45).

Como visto os direitos da personalidade são atributos da pessoa física, todavia, “tendo em vista que a pessoa jurídica é uma criação do direito para a realização das finalidades humanas o Código no art. 52, estende-lhes as garantias que a elas são asseguradas, evidentemente naquilo em que houver cabimento” (DA SILVA, 2004).

Assim, tem-se a previsão expressa no Código Civil, art. 52 que garante “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

O legislador foi feliz ao acrescer o termo no que couber, porque de fato os direitos da personalidade, como já visto, são em regra inerentes às pessoas, todavia pessoas jurídicas em alguma medida detém uma cota de personalidade.

Nesse sentido, se “inquestionável a personalidade da pessoa jurídica, inquestionável será que da sua personalidade irradiam-se direitos”(KUNTZ, 1998, p. 21).

O Superior Tribunal de Justiça entendendo a necessidade de proteger as pessoas jurídicas de possíveis violações à sua personalidade reconheceu, na Súmula 227, que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

O dano moral causado à pessoa jurídica pode advir da violação da honra, da imagem, do uso indevido do nome, do segredo, entre outros.

Nesse entendimento, uma vez reconhecido que a pessoa jurídica goza de um direito a imagem, nasce para a mesma o direito à reparação pela ocorrência de possíveis violações "o dano à imagem da pessoa jurídica diz respeito, evidentemente, ao ato que vem, de uma forma ou de outra, abalar o prestígio da própria estrutura empresarial (reputação, crédito, etc.), tanto no seu plano interno como no seu plano externo" (SILVA, 2012, p.250).

O Superior Tribunal de Justiça no RECURSO ESPECIAL Nº 1.573.594 - RJ (2015/0055765-3)[51] de relatoria da Ministra Nancy Adrighi em decisão recente proferida em novembro de 2016 manifestou-se acerca de pedido de reparação por dano moral formulado por Empresa.

---

51. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PROGRAMA JORNALÍSTICO. RÁDIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165 E 458, II, DO CPC/73. INOCORRÊNCIA. PESSOA JURÍDICA. HONRA SUBJETIVA. IMPERTINÊNCIA. HONRA OBJETIVA. LESÃO. TIPO DE ATO. ATRIBUIÇÃO DA AUTORIA DE FATOS CERTOS. OFENSA À REPUTAÇÃO. DIREITO PENAL. CRIMES DE DIFAMAÇÃO E CALÚNIA. ANALOGIA. 1. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento do recurso especial. 2. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação dos arts. 165 e 458 do CPC/73. 3. Controverte-se, na presente hipótese, sobre a manifestação do recorrente, em programa jornalístico do qual é âncora, ser capaz de configurar dano moral indenizável à pessoa jurídica recorrida. 3. A pessoa jurídica, por não ser uma pessoa natural, não possui honra subjetiva, estando, portanto, imune às violências a esse aspecto de sua personalidade, não podendo ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio e autoestima.4. Existe uma relação unívoca entre a honra vulnerada e a modalidade de ofensa: enquanto a honra subjetiva é atingida pela atribuição de qualificações, atributos, que ofendam a dignidade e o decoro, a honra objetiva é vulnerada pela atribuição da autoria de fatos certos que sejam ofensivos à reputação do ofendido. Aplicação analógica das definições do Direito Penal. 5. Na hipótese em exame, não tendo sido evidenciada a atribuição de fatos ofensivos à reputação da pessoa jurídica, não se verifica nenhum vilipêndio a sua honra objetiva e, assim, nenhum dano moral passível de indenização. 6. Recurso especial provido.

Na decisão foi realizada a diferenciação entre honra objetiva e honra subjetiva, na primeira deve ser comprovado por meio de abalo no seu crédito na praça enquanto que na segunda estaria ligada a dignidade, respeito próprio, autoestima, humilhação e nesse sentido, a pessoa jurídica não possui honra subjetiva.

As afirmações feitas contra a Empresa e transcritas no Acórdão acima citado são fortes e bastante contundentes, de maneira que transcrevê-las faz-se oportuno.

> "(...) Quem é o malandro que é dono da SUPERVIA (...)"; "(...) a supervia é uma empresa clandestina, é uma espécie de máfia, uma espécie de casa (sic) nostra, uma espécie de PCC. Queremos saber quem são os donos da supervia. Será que é algo tão clandestino assim? É boca de fumo? É central de tráfico? É bordel? (...)"; "(...) Há um quê de clandestinidade nessa relação empresarial com o negócio, as autoridades que passam mãos protetoras, amigas cúmplices desses empresários, em troca de outras mãos que abastecem com dinheiro suas campanhas eleitorais e eventualmente suas contas bancárias (...)"

O entendimento firmado foi no sentido de que não há atribuição de fatos ofensivos à reputação da recorrida, senão, atribuição de qualidade negativa. Assim, na compreensão dos julgadores não haveria o que reparar já que a empresa não detém honra subjetiva. A Empresa findou por não receber nenhuma indenização.

Discorrendo sobre a honra Navarro asseverou, "El honor será la buena reputación o la buena fama de que goza uma persona ante los demás, em el hábitat social em el que le corresponde desenvolverse, com independencia de que se ajuste o no la verdad; es la opinión que la comunidad se forma de cada uno de sus componentes según su comportamiento (SANCHEZ, 1852). Em

especial ao tratamento dispensado às pessoas jurídicas quando o direito a honra é invocado para protegê-las, dispôs Sanchéz "Desde esta tesis se puede atribuir a las personas jurídicas um honor externo, pero carecerían del interno" (SANCHEZ, 1852).

Ora, mas essa mera atribuição de qualidade negativa não seria capaz de abalar a honra e a imagem da empresa? Acredita-se que sim. Sob o manto de que se está a exercer a liberdade de expressão e informação, pessoas comuns e repórteres tem de excedido nos termos e julgamento proferido seja por meio de redes sociais ou por qualquer outro meio de comunicação. É o império da liberdade muitas vezes desprovida da tão necessária responsabilidade.

Nesse sentido, pode-se afirmar "É dever do Estado proteger o nome e a reputação da pessoa jurídica" e assim "coibir a prática de atos irresponsáveis e gravosos que podem provocar danos morais, com ou sem reflexos de índole patrimonial" (ALVES, 1998, p.123).

2. SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

No contexto atual em que as pessoas e empresas buscam constante exposição e divulgação do que está fazendo em tempo real por meio das redes social e programas televisivos, há pessoas que na contramão dessa tendência buscam o anonimato, a discrição, o esquecimento.

Antes de adentrar propriamente na questão principal que é verificar se é cabível invocar o direito ao esquecimento em favor da empresa é importante conceituá-lo, "Trata-se, em suma, de impedir que episódios e fatos do passado ressurjam no presente, atrapalhando a vida de alguém" (FARIAS, ROSENVALD, NETTO, 2014, p.773)

O erro é intrínseco do viver, e condenar pessoas a estar eternamente vinculada a um passado que não mais lhe pertence, parece ser pena perpétua.

Otavio Luiz Rodrigues Júnior escrevendo ao Conjur registra, "essa tensão entre o erro e o direito de não ver propagado indefinidamente no tempo está na raiz dos debates sobre o chamado "direito ao esquecimento"".

O direito ao esquecimento não é um instituto jurídico recente e tem sido discutido no mundo há alguns anos. Todavia, no Brasil tem sido alvo de críticas e ampla discussão. A sua nomenclatura varia. Nos EUA, é conhecido como "right to be alone", traduzido como "direito de estar só" ou "direito de ser deixado em paz", e no direito espanhol é conhecido como "derecho al olvido".

O direito ao esquecimento é uma temática relativamente nova no Brasil, todavia no direito comparado, são encontrados casos há algum tempo. Por este motivo, serão abordados casos clássicos sobre a matéria, a fim de enriquecer e entender melhor o tema e suas peculiaridades.

O episódio paradigma para o estudo do direito ao esquecimento na Europa foi decidido pela Corte Constitucional Alemã, no caso conhecido como "Lebach", no ano de 1969. Tratava-se de um dos assassinos de quatro soldados do Exército da República Federal da Alemanha, que na iminência de sair da prisão, por ocasião do término do cumprimento de sua pena, ingressou com ação, na tentativa de impedir a veiculação de documentário sobre o crime. (RODRIGUES JÚNIOR, 2013) Nas instâncias ordinárias, o autor não obteve êxito por se tratar de fato histórico. A Corte Alemã, todavia, por meio de Reclamação Constitucional reformou a decisão e um dos fundamentos invocados foi o de que "o dano causado à "personalidade" por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre" (MARTINS, 2005, p. 486) de modo que a decisão final terminou por assegurar ao reclamante o direito geral de personalidade e à ressocialização que só seria possível com o reconhecimento do direito ao esquecimento.

Nesse caso, prevaleceu a proteção dos direitos da personalidade do apenado em detrimento do fato ser histórico. O valor conferido à pessoa foi superior ao interesse histórico que o fato ali retratado poderia promover à sociedade.

Posteriormente, em 1999, no caso conhecido como "*Lebach II*", no qual programa televisivo produziu uma série sobre crimes que entraram para a história, os condenados invocaram o direito ao esquecimento, trazendo à tona novamente a discussão. O desfecho foi diferente do primeiro. Neste priorizou-se a liberdade de comunicativa, em detrimento dos direitos da personalidade.

No contexto do caso *"Lebach II"*, o documentário cuidou para não expor o nome e nem a imagem dos condenados, cumprindo assim com o mínimo de cautela para com os direitos da personalidade dos mesmos, que desta vez não alcançaram o intento pretendido de serem esquecidos, prevalecendo a liberdade de comunicação e o interesse histórico da matéria.

Sobre o direito ao esquecimento, importa analisar os possíveis sujeitos aptos a invocá-lo. Considerando que o instituto finda por garantir a proteção de alguns dos direitos de personalidade, acredita-se que, tanto a pessoa física como a pessoa jurídica poderiam invocá-lo, na medida em que também são detentoras de alguns direitos de personalidade, como a honra consagrada na Súmula 227 do STJ, bem como imagem, nome e outros.

O direito ao esquecimento é definido como o direito que a pessoa tem de ser esquecida pela opinião pública e pela imprensa. O referido direito tem sido aplicado pelos Tribunais pátrios, todavia sempre ligados a pessoas físicas, oportunidade em que cita-se dois casos bastante conhecido, em que foram interpostos dois recursos contra reportagens da TV Globo, um deles é o caso Aída Curi, estuprada e morta em 1958 por um grupo de jovens e o outro foi o da Chacina da Candelária em que um dos acusados foi absolvido, no primeiro, os irmãos da vítima pleitearam o direito de não ter a história do crime novamente exibida em programa

de TV, no segundo, o próprio policial solicitou que a história do crime em que o mesmo foi envolvido também não fosse veiculada, em ambos os sujeitos buscam no Poder Judiciário o direito de não terem um passado negativo de suas vidas reavivado, de modo a coibir a eternização da informação causadora do dano.

O direito à vida é, indiscutivelmente, um dos direitos fundamentais mais importantes que o indivíduo possui (ALBUQUERQUE, 2009, p.240). Ocorre que a vida vai além do simples fato de estar vivo, ela também esta relacionada o bem viver social e por vezes a exposição de fatos sobre indivíduos e empresas seja na televisão ou na Internet findam por cercear esse direito. De modo que essas pessoas passam a ser ridicularizadas e até excluídas do convívio social, pode gerar assim um preconceito sobre elas e assim obstacularizar qualquer tipo de inclusão no seio da sociedade. Sobre a empresa, a repercussão também é bastante negativa tendo em vista que pode acarretar não só prejuízos financeiros, mas em casos extremos causar a extinção da empresa.

Os Tribunais pátrios não estabeleceram jurisprudência dominante, de modo que caso a caso os juízes praticam a ponderação dos direitos fundamentais da personalidade frente ao direito à informação e à liberdade de expressão buscando promover ao caso concreto a decisão mais justa e adequada ao litígio.

O Código Civil Brasileiro dispõe no art. 11 sobre os direitos a personalidade assegurando que são intransmissíveis, irrenunciáveis e o seu exercício não pode sofrer limitação voluntária, salvo casos previstos em lei.

Sobre o assunto, a VI Jornada de Direito Civil editou o enunciado de nº. 531 com o seguinte teor: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, a justificativa para tanto foi no sentido de que o sujeito não tem o direito de apagar os fatos ou reescrever a própria história, mas deve ter assegurado a possibilidade de discutir o uso que é dado a fatos pretéritos.

Não obstante o enunciado ter vinculado o direito ao esquecimento a tutela apenas da dignidade da pessoa humana, sugerimos que esse conceito seja ampliado, haja vista ser o direito ao esquecimento ferramenta com grande potencial para proteção não só da dignidade da pessoa humana, mas também, dos direitos da personalidade.

Diante de todos os meios de comunicação existentes, tem-se a Internet como sendo uma das ferramentas mais acessadas e com maior poder de alcance e ela "não perece gostar de esquecer" (FARIAS, ROSENVALD, NETTO, 2014, p.775). Nesse sentido, surgiu a Lei nº. 12.965/2014, denominada Marco Civil da Internet que previu expressamente como fundamento da disciplina do uso da internet a liberdade de expressão no seu art. 2º e enumera como princípios que disciplinam o uso da internet a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal, além da proteção à privacidade e ainda a proteção dos dados pessoais, na forma da lei.

Como se vê, a liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento coexistem com a proteção da privacidade, eles não devem se excluir ao contrário eles devem se harmonizar.

3. CABIMENTO OU NÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO ÀS EMPRESAS

A reflexão que se pretende estabelecer é a seguinte, será que as empresas também podem invocar o direito de ser esquecida em virtude de fatos ocorridos no passado e que possam eventualmente causar-lhes danos no presente?

Para facilitar a reflexão, citamos o caso da IBM, que ainda hoje tem o seu nome ligado ao nazismo por ter contribuído, à época, com a organização das informações no holocaus to. Poderia, então, essa empresa pleitear o direito ao esquecimento por en-

tender que esse histórico negativo e verídico não guarda qualquer relação com a atual realidade e postura adotada pela empresa?

Alguns aspectos devem ser considerados tais como, o que se pretende esquecer interessa tão somente à empresa ou existe um interesse social em manter a informação “viva”? A informação é verídica? Acarreta perda de credibilidade empresarial?

Os direitos da personalidade não são absolutos nem quando são invocados para a proteção da pessoa natural que foi a razão inicial de existirem, então quando se pensa na empresa deve-se ter cautela ao se cogitar em aplicar o direito ao esquecimento para protegê-la.

Desse modo, sua harmonização com outros direitos como o direito à informação, incluindo aqui ideias e opiniões, é fundamental para prestar uma resposta eficaz ao caso concreto.

Conferir às empresas o direito ao esquecimento é algo que deve ser visto com muito cuidado, tendo em vista que poderia gerar uma falsa ideia de que o passado pode ser apagado e assim diminuir o dever de cautela que tanto pessoas naturais como pessoas jurídicas devem manter durante a vida em sociedade, a certeza de que toda ação tem uma reação e todo ato tem consequências, sejam elas positivas ou negativas.

Em muitos casos a manutenção de informações negativas que findam por abalar a honra e a imagem de empresa pode significar o seu fim, tamanha a repercussão que aquele fato pode causar na “vida” da empresa.

Quando se fala no direito ao esquecimento das pessoas naturais no âmbito penal, defende-se que uma vez paga a pena o culpado tem o direito de ser reinserido na sociedade para um recomeço, proporcionar uma segunda chance, reconstruir e fazer diferente.

No âmbito das empresas poderia se cogitar uma situação semelhante, ou seja, ela cumpre com todas as medidas a fim de

reparar os danos que ocasionou e, assim, após o decurso de certo lapso temporal, poderia pleitear a sua desvinculação aquele fato pretérito negativo à sua reputação.

O direito ao esquecimento quando invocado para a proteção de pessoas físicas é fundamentado pelo argumento de que a não exclusão daqueles fatos noticiados dificulta ou até inviabiliza a ressocialização dos envolvidos. No âmbito da pessoa jurídica, o não esquecimento de fatos noticiados que possam desabonar a imagem, honra e nome da empresa pode representar a extinção da empresa e assim abolir inúmeras oportunidades de trabalho.

Se o lucro com a informação é a única motivação para a sua manutenção no mundo e para o mundo, há possibilidade de pleitear o direito ao esquecimento, mas caso fique comprovado a existência de interesse social na informação, invocar o direito ao esquecimento resta comprometido.

A questão temporal da informação também deve ser levada em conta, a fim de não tornar perene um fato negativo contra uma empresa que já reparou o dano causado e o seu "comportamento" empresarial não mais condiz com o fato narrado e publicizado.

Outro ponto importante a ser considerado é a dos julgamentos exarados pelas pessoas muitas vezes precipitadamente nas redes sociais sobre empresas, e que acabam por ganhar repercussão negativa mundial e na mesma proporção perder credibilidade mundialmente, verifica-se que são violações cada vez mais comuns, tendo em vista que para muitos a Internet ainda é vista como terra de ninguém, tornando os abusos corriqueiros.

A possibilidade de se aplicar o direito ao esquecimento às empresas seria uma forma de permitir uma mudança de rumos e por que não dizer uma oportunidade para reescrever uma nova história da empresa.

CONCLUSÃO

A pertinência do assunto abordado neste trabalho se baseia no fato de que vive-se em uma sociedade do superinformacionismo, na qual pessoas e empresas estão a todo momento suscetíveis de sofrer lesão à sua imagem, ao segredo, à honra (reputação) e ao nome.

Por fim buscou-se abordar o cabimento do direito ao esquecimento como mecanismo de proteção da empresa.

Com a reflexão posta, não foi possível estabelecer com clareza uma conclusão em virtude da incipiência do tema, todavia acredita-se que há espaço para discussão acerca da aplicação do direito ao esquecimento às pessoas jurídicas.

O Poder Judiciário deve apreciar caso a caso considerando as peculiaridades de cada um haja vista a necessidade de se identificar a relevância ou não de manter viva cada informação dita danosa à empresa e assim verificar a pertinência da sua manutenção para o debate público e proteção da sociedade. Do contrário deve-se privilegiar a concessão de uma segunda chance a empresa, mudança de rumos e adoção de novas medidas são possíveis e necessárias para reecrever a história de empresas e assim possibilitar inclusive a sua existência. Todos são passiveis de erros e possibilitar a mudança de rumos é fundamental.

Importante considerar que por trás de uma grande empresa estão pessoas passíveis de erros e equívicos, de maneira que por vezes correções são necessárias.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Ana Paula Martins; MATIAS, João Luis Nogueira. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord). **A Vida em Conflito**. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A personalidade jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BEVILAQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. Editora: Red Livros 1999

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil em espécie**. Vol. 3. 1ª Ed. Bahia: Jus PODIVM, 2014.

Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Trad. Leonardo **Martins** et all. Berlim: Konrad Adenauer Stifung E. V., 2005

NAVARRO DOLMESTCH (PERSONAS E DERECHOS DE LA PERSONALIDAD (LIVRO MV) *apud* SANCHÉZ, Juan José Bonilla. Personas e derechos de la personalidad. Ed. REUS, 1852

RODRIGUES JÚNIOR. Otavio Luiz. Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos. Disponível em <http://encurtador.com.br/bpuQ0>. Acesso em 22/11/2016.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990.** Disponível em < https://goo.gl/iQROQ0> Acesso em 07 de março de 2017.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

KUNTZ. Grau Karin. **Do nome das pessoas jurídicas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

A FLEXIBILIZAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL NA AMAZÔNIA BRASILEIRA DIANTE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Juliana Soares Viga

INTRODUÇÃO

O instituto da reserva legal apresenta-se como um mecanismo de proteção às florestas brasileiras, tendo recebido proteção jurídica de diversos regulamentos ao longo dos tempos, implicando em limitação das propriedades rurais em percentual compatível com a necessidade de proteção ambiental destas áreas.

A partir da vigência do Código Florestal de 2012 (Lei Federal n. 12.651/12), abriu-se a possibilidade de flexibilização desta área de reserva legal, reduzindo-se o seu percentual de 80% para 50%, desde que o município disponha de áreas de território indígena e unidade de conservação acima de 50%.

As discussões acerca da efetividade da norma de flexibilização ainda são incipientes, não se vislumbra uma posição doutrinária incontestável a respeito da novel regulamentação, fazendo-se necessário apreciar a norma diante dos princípios informadores de proteção ambiental existentes no ordenamento jurídico, tais como o princípio da proibição do retrocesso ambiental.

O Ministério Público Federal já se pronunciou, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, pela inconstitucionalidade do dispositivo que flexibiliza a área de reserva legal, reduzindo de 80% para 50% nos município da Amazônia Legal.

O objetivo principal do presente artigo resume-se demonstrar a repercussão que a norma de flexibilização da área de reserva legal teve no ordenamento jurídico brasileiro, à luz dos fundamentos jurídicos apresentados na ADIN n. 4901 de autoria do Ministério Público Federal.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FLEXIBILIZAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL

O art. 12 do atual código florestal (Lei Federal n. 12.651/12) trata da delimitação da área de reserva legal, cuja definição encontra-se no art. 3º, III do mesmo diploma normativo[52].

No que diz respeito às reservas legais situadas nas florestas da Amazônia Brasileira, o atual código definiu, em seu art. 12, I, alínea "a", que a propriedade rural deve sofrer limitação em um percentual de 80%, a fim de manter área com cobertura de vegetação nativa a título de reserva legal, sendo este o principal objeto de estudo da presente dissertação. Observa-se:

> Art. 12 – Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes **percentuais mínimos** em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei (redação dada pela Lei n. 12.727/12):

52. Art. 3º, III da Lei n. 12/651/12 – Para os efeitos desta Lei, entende-se por: Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa

I – localizado na **Amazônia Legal**:

a)**80% (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas**.

Para as formações florestais de cerrado, o percentual é de 35% (trinta e cinco por cento), e para campos gerais o percentual exigido é de 20% (vinte por cento), ambos localizados na Amazônia Legal, conforme disciplina as alíneas "b" e "c", do inciso I, do art. 12 do novo código florestal brasileiro[53].

O atual código florestal trouxe a possibilidade de redução desse percentual de 80% (oitenta por cento) para 50% (cinquenta por cento) de área de reserva legal, previsto na alínea "a", do inciso I, do art. 12, para fins de recomposição, quando o município tiver mais de 50% (cinquenta por cento) da área ocupada por unidades de conservação da natureza de domínio público e por terras indígenas homologadas, conforme se verifica no §4° do art. 12, da Lei n. 12.651/12:

> Art. 12, §4º - Nos casos da alínea *a* do inciso I, o poder público poderá reduzir a Reserva Legal para até 50% (cinquenta por cento), **para fins de recomposição**, **quando o Município tiver mais de 50% (cinquenta por cento) da área ocupada por unidades de conservação da natureza de domínio público e por terras indígenas homologadas**.

53. Art. 12 - Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012).
I - localizado na Amazônia Legal:
a) 80% (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas;
b) 35% (trinta e cinco por cento), no imóvel situado em área de cerrado;
c) 20% (vinte por cento), no imóvel situado em área de campos gerais;
II - localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento).

Verifica-se, portanto, que a redução dar-se-á desde que atendidos dois requisitos cumulativos: a) a recomposição da área, o que pressupõe que o imóvel esteja sem a área de reserva legal íntegra e b) imprescindível que o município onde se situa a propriedade rural possua mais de 50% (cinquenta por cento) da área ocupada por unidades de conservação da natureza de domínio público e por terras indígenas homologadas.

Percebe-se que o legislador levou em consideração a situação econômica do município.

Segundo AMADO (2015, p. 848):

> "(...) estas hipóteses excepcionais têm por objetivo liberar mais áreas em municípios ou estados com pouco espaço disponível para o desenvolvimento de atividades econômicas em razão de grande porção territorial conter unidades de conservação públicas ou terras indígenas homologadas".

No que diz respeito à restrição de unidades de conservação de domínio público, Antunes (2013) sustenta haver flagrante violação ao princípio da isonomia, por não englobar as unidades de conservação de domínio privado, tais como Reservas Particulares do Patrimônio Natural e Monumentos Naturais.

Na mesma linha de raciocínio, o legislador introduziu outra hipótese de flexibilização de área de reserva legal, prevista no art. 12, §5º da Lei n. 12.651/12:

> Art. 12, §5º da Lei n. 12.651/12 – Nos casos da alínea "a" do inciso I, o poder público estadual ouvido o Conselho Estadual de Meio Ambiente, poderá **reduzir a Reserva Legal para até 50% (cinquenta por cento), quando o Estado tiver Zoneamento Ecológico-Econômico aprovado e mais de 65% (sessenta e cinco por cento) do seu território ocu-**

pado por unidades de conservação da natureza de domínio público, devidamente regularizadas, e por terras indígenas homologadas.

A diferença dessa flexibilização prevista no §5º para aquela prevista no §4º, ambas do art. 12, consiste em prescindir de recomposição da área; em ouvir o Conselho Estadual do Meio Ambiente, além se ser exigível que o Estado possua Zoneamento Ecológico-Econômico aprovado e que mais de 65% (sessenta e cinco por cento) do seu território seja ocupado por unidades de conservação de natureza de domínio público, devidamente regularizadas e por terras indígenas homologadas.

Segundo a doutrina especializada de Rodrigues (2015), as hipóteses de flexibilização supracitadas não são cumulativas, ou seja, caso o Município se encaixe em ambas as prescrições legais, deve prevalecer a regra do art. 12, §5º, por ser uma regra especial em relação àquela prevista no art. 12, §4º da Lei n. 12.651/12.

2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO APLICADO À FLEXIBILIZAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL

O princípio da proibição do retrocesso é um mecanismo de garantia dos direitos fundamentais dos cidadão, que, nos ensinamentos de SARLET e FENSTERSEIFER (2013, p.288):

> “é toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público (com destaque para o legislador e o administrador), que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais”.

Observa-se uma estreita relação entre o princípio da proibição do retrocesso e os direitos fundamentais. MIZUTA (2014, p. 01) enfatiza que "a cada nova previsão de direito fundamental, reafirmam-se os anteriores, tornando imperativo que os direitos, em sua totalidade, sejam observados e efetivados", daí a necessidade de se preservar a proibição do retrocesso.

Trata-se de um princípio constitucional implícito, para a doutrina majoritária, dentre ela SARLET e FENSTERSEIFER (2013, p. 288), que apontam como fundamento do princípio da proibição do retrocesso:

> "o princípio do Estado (Democrático e Social) de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais em face de medidas do poder público".

A noção de proibição de retrocesso, segundo Mizuta (2014) teve início com a obra de Konrad Hesse, em 1978, ao desenvolver a teoria da irreversibilidade. A acepção do princípio da proibição do retrocesso estava voltada para seara social e consistia em interpretar a legislação existente, com tratamento diferenciado em determinadas situações, em privilégio à igualdade, limitando-se Poder Legislativo.

Ressalte-se que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)[54] e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)[55], esta última complementada

---

54. Art. 2º, parágrafo 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

55. Art. 26 – Os Estados–Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente económica e técnica, a fim de conseguir progresivamente a plena efetividade dos direitos que

pelo Protocolo de São Salvador[56], já estabeleciam uma cláusula de progressividade, no que diz respeito aos direitos econômicos, sociais, culturais e do meio ambiente. Em outras palavras, tais institutos determinavam que os Estados pactuantes adotassem medidas que visassem assegurar, progressivamente, o pleno exercício dos direitos reconhecidos nos ajustes pactuados, incluindo a adoção de iniciativas legislativas.

Os referidos pactos internacionais, apesar de não terem tratado especificamente do princípio da proibição do retrocesso, já estipulavam que os Estados-Partes tinham a incumbência de aprimorar, até o máximo de recursos disponíveis, o exercício dos direitos econômicos, sociais, culturais e do meio ambiente.

No Brasil, o descortinamento do princípio da proibição do retrocesso ficou a cargo de José Afonso da Silva, ao afirmar que a intervenção legislativa com vistas a implementar os direitos sociais, exige uma proibição em retroceder na concretização de tais direitos, conforme observado por Fileti (2009)[57].

Ademais, o princípio da proibição do retrocesso é consequência lógica da previsão constitucional de ampliação dos direitos fundamentais sociais, da redução das desigualdades sociais e da construção de uma sociedade solidária, calcada na justiça social, de acordo com Fileti (2009). Se o Estado impõe um mandamento de progresso da sociedade, presume-se que não se admite um retrocesso das garantias até então asseguradas.

No que diz respeito à temática ambiental, o princípio da vedação ao retrocesso ecológico é direcionado também ao Poder Legislativo e impõe ao legislador uma proibição de recuar

---

decorrem das normas económicas sociasi e sobre educação ciencia e cultura, constantes da Carta de Organização dos Estados Americanos reformada pelo Protocole de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legilstaiva ou por outros meios apropriados.

56. Art. 11.2 – Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

57. Artigo disponível em: < https://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social> Acesso em: 30 de jan de 2017.

nos patamares legais de proteção ambiental. Segundo AMADO (2015, p.80), "a proteção ambiental deve ser crescente, não podendo retroagir, máxime quando os índices de poluição do Planeta Terra crescem a cada ano". Tal princípio é corolário do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado[58].

O princípio da proibição do retrocesso ecológico impede que o legislador remova da população conquistas legislativas, refletidas em normas de proteção ambiental, as quais beneficiam as presentes e futuras gerações. Não se admite que o legislador pátrio recue nas normas de proteção ambiental conquistadas ao longo dos anos.

Em consonância com a ideia de proibição do retrocesso, a lei de política nacional do meio ambiente, em seu artigo 2º[59], prescreve como seu objetivo, a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, com vistas à proteção da dignidade da vida humana.

ROTHENBURG (2012) defende, ainda, uma dupla dimensão do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, uma positiva, que consiste em promoção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado retrocesso, criando-se condições ambientais adequadas; e outra negativa, caracterizada pela defesa desse direito fundamental contra ameaças de diminuição da proteção a tal direito e agressões ao mesmo.

Segundo ROTHENBURG (2012, p.265):

> "O direito ambiental deve estar preparado para resistir às poderosas investidas de agressão ao am-

---

58. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

59. Art. 2º da Lei n. 6.938/81 - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

> biente ecologicamente equilibrado, pois essa especialização jurídica nasceu, justamente, como foco de reação à degradação do ambiente e do esgotamento dos recursos naturais".

Diante disso, a alteração de uma norma, reduzindo os patamares de proteção ambiental conduz a um retrocesso, capaz de atentar contra a finalidade do próprio direito ambiental.

O novo regramento do código florestal, previsto no art. 12, §4º da Lei n. 12.651/12[60], que flexibiliza a área de reserva legal na Amazônia brasileira, insinua ser uma norma que diverge do princípio da proibição ou vedação ao retrocesso ecológico ou ambiental, tendo sido objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN n. 4901).

A redução de uma área ambientalmente protegida, a princípio, reflete um retrocesso ecológico, pois está-se flexibilizando a proteção ambiental e, consequentemente, atentando contra um direito fundamental difuso, garantido constitucionalmente, qual seja, o do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Recuar nos percentuais mínimos de área de reserva legal, em uma conjuntura de crescente desmatamento, conforme se verifica atualmente no Brasil, configura um verdadeiro retrocesso no âmbito da legislação protetiva ao meio ambiente. Antes de se analisar outros direitos fundamentais, há que perguntar à legislação que se pretende promulgar, se ela protege em

---

60. Art. 12 da Lei Federal n. 12.651/12 - Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei: I - localizado na Amazônia Legal: a) 80% (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas; b) 35% (trinta e cinco por cento), no imóvel situado em área de cerrado;
c) 20% (vinte por cento), no imóvel situado em área de campos gerais; II - localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento). §4º - Nos casos da alínea *a* do inciso I, o poder público poderá reduzir a Reserva Legal para até 50% (cinquenta por cento), para fins de recomposição, quando o Município tiver mais de 50% (cinquenta por cento) da área ocupada por unidades de conservação da natureza de domínio público e por terras indígenas homologadas.

maior amplitude o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em comparação à legislação preexistente.

Os adeptos da incidência do princípio da proibição do retrocesso ecológico aos diplomas normativos que adotaram padrões menos restritivos de proteção ambiental, em relação ao ordenamento jurídico preexistente, sustentam a inconstitucionalidade desses diplomas, em virtude da violação praticada em face do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado[61].

Neste sentido, convém transcrever a doutrina de SARLET e FENSTERSEIFER (2013, p. 190):

> "Diante da insuficiência manifesta da proteção, há violação do dever de tutela estatal, e portanto, está caracterizada a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza omissiva ou comissiva, sendo possível seu controle judicial, de tal sorte que, nesse contexto, ganha destaque a própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um poder-dever) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais, ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a Constituição e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e proporcionalidade. A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, e portanto, aos deveres de proteção, guarda importância singular para a garantia de proteção do retrocesso, posto que, também no que diz respeito a atos do poder público que tenham por escopo a supressão ou redução dos níveis de proteção

61. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

> social (cujo controle igualmente implica consideração dos critérios da proporcionalidade na sua dupla perspectiva) caberá aos órgãos jurisdicionais a tarefa de identificar a ocorrência de prática inconstitucional e, quando for o caso, afastá-la ou corrigi-la"

Neste sentido, importante ressaltar alguns instrumentos consagradores do princípio da proibição do retrocesso, tais como o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, as limitações constitucionais e as ações diretas de inconstitucionalidade.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL

Sabe-se que o princípio da proibição do retrocesso em matéria de direito ambiental já fora admitido pela doutrina especializada e deveras sedimentado pela teoria dos direitos fundamentais, ampliando o nível de proteção dos direitos relacionados ao meio ambiente.

Em que pese o Poder Legislativo retratar a vontade do povo, é comum alguns projetos de lei representarem grupos de interesses específicos, que não correspondam aos anseios da população em geral e para tanto, a Constituição Federal assegura a intervenção do Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade[62], a fim de avaliar todos os atos e leis que eventualmente confrontem os mandamentos da Constituição Federal.

No tocante à Lei n. 12.651/12, a qual promulgou o novo código florestal, a opinião do Ministério Público Federal (MPF) é de que:

62. Art. 102/CF - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente :a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

> "(...) o processo legislativo foi dominado por propostas que tinham como pano de fundo um único objetivo: desonerar os proprietários rurais dos deveres referentes à proteção das florestas e ainda 'anistiar' ilegalidades antes cometidas" (página 6, parágrafo primeiro da Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADI n. 4901-petição inicial da Procuradoria Geral da República - PGR).

Vários dispositivos do novo código florestal foram suscitados como inconstitucionais pela PGR, por diminuírem os níveis de proteção ambiental preexistentes e atentar contra o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

A Procuradoria Geral da República (PGR) ajuizou três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's n. 4901, n. 4902 e n. 4903), com pedidos de liminar, no Supremo Tribunal Federal (STF), nas quais são questionados alguns dispositivos do novo Código Florestal (Lei 12.651/12).

Nas ADI's, a PGR requereu que fosse suspensa a eficácia dos dispositivos questionados até o julgamento do mérito da questão, com a adoção do denominado "rito abreviado", o que permite o julgamento das liminares diretamente pelo Plenário do STF em razão da relevância da matéria.

No que se refere à ADI n. 4901, a Procuradoria Geral da República questionou o artigo 12, §§4º, 5º, 6º, 7º e 8º, que trata da flexibilização da área de reserva legal, em virtude da existência de terras indígenas e unidades de conservação no território municipal, e da dispensa de constituição de reserva legal por empreendimentos de abastecimento público de água, tratamento de esgoto, exploração de energia elétrica e implantação ou ampliação de ferrovias e rodovias.

Na petição inicial, a PGR apontou os prejuízos ambientais decorrentes das modificações legislativas e argumentou que o

novo código fragiliza o regime de proteção das áreas de preservação permanente e das reservas legais, que podem ser extintas de acordo com a nova legislação.

A PGR sustentou que o legislador infraconstitucional atingiu o núcleo fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, "negando-lhe vigência e retirando sua força normativa" (página 12, parágrafo primeiro da ADI n. 4901).

Lembre-se que um dos deveres do poder público para assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é a criação de espaços territoriais especialmente protegidos, conforme se depreende do art. 225, §1º, III da CF[63], além de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do país e proteger fauna e flora, vedando qualquer ação que coloque em risco sua função ecológica (art. 225, §1º, I, II e VII/CF)[64].

A partir desse preceito, BENJAMIN (2011) entende que a Constituição Federal de 1988 consagrou o "dever constitucional geral de não degradação", pronunciando-se da seguinte forma:

> "Trata-se de dever constitucional autossuficiente e com força vinculante plena, dispensando, na sua aplicação genérica, a atuação do legislador ordinário. É, por outro lado, dever inafastável, tanto pela

---

63. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

64. Art. 225 (...),§1º (...): I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade,

> vontade dos sujeitos privados envolvidos, como a pretexto de exercício da discricionariedade administrativa. Vale dizer: é dever que, na estrutura do edifício jurídico, não se insere na esfera de livre opção dos indivíduos, públicos ou não".

A Constituição Federal é clarividente ao vedar qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a proteção dos espaços especialmente protegidos, (art. 225, §1º, III/CF).

A PGR entendeu que a promulgação do art. 12 da Lei n. 12.651/12, com seus respectivos parágrafos, ofendeu o dispositivo constitucional supracitado, tendo aduzido, ainda, que tal mandamento constitucional (art. 225, §1º, III/CF) é destinado a todas as esferas do poder público:

> "o Poder Executivo deverá observá-lo em seus atos administrativos e, especificamente, no licenciamento ambiental; o Poder Judiciário não poderá chancelar a utilização predatória dos espaços protegidos, devendo zelar pelo cumprimento de sua função ambiental; e, ao Poder Legislativo, incumbirá observar o preceito na elaboração da legislação infraconstitucional" (página 11, parágrafo segundo da ADI n. 4901).

No que diz respeito à flexibilização da área de reserva legal de 80% para 50%, em florestas da Amazônia brasileira, nas hipóteses em que o município dispuser de mais de 50% de unidades de conservação e territórios indígenas (principal objeto de estudo desta dissertação), o MPF entendeu que o dispositivo questionado (art. 12, §4º da Lei n. 12.651/12) constitui um retrocesso ambiental:

> “(...) tendo em vista que as finalidades ecológicas das unidades de conservação e das áreas de reserva legal são substancialmente distintas, de forma que tais instrumentos de proteção ambiental não podem ser equiparados e nem substituídos” (página 15, parágrafo terceiro da ADI n. 4901).

Com relação às terras indígenas, o MPF reconheceu a importância de sua preservação ambiental, mas enfatizou que a demarcação desses territórios se destina, prioritariamente, ao reconhecimento de direitos territoriais dos povos indígenas (página 16, parágrafo primeiro da ADI n. 4901).

A PGR pugnou pela inconstitucionalidade do art. 12, §§4º e 5º da Lei n. 12.651/12, pela afronta ao dever geral de não degradação, presente no art. 225/CF, e ao dever fundamental de promover a restauração dos ecossistemas e dos serviços ecológicos essenciais, impostos ao poder público.

Ressalte-se que o art. 12, §5º da Lei n. 12.651/12 autorizou a redução da área de reserva legal para 50%, na Amazônia brasileira, quando previsto em Zoneamento Ecológico-econômico, aprovado pelo Estado, aliado ao requisito do município possuir mais de 65% de unidades de conservação de domínio público regularizadas e terras indígenas homologadas[65].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo apresentou um breve estudo acerca do instituto da reserva legal no atual ordenamento jurídico brasileiro, notadamente com relação às previsões legais do atual código florestal brasileiro (Lei Federal n. 12.651/12).

---

65. Art. 12 (...), § 5º Nos casos da alínea *a* do inciso I, o poder público estadual, ouvido o Conselho Estadual de Meio Ambiente, poderá reduzir a Reserva Legal para até 50% (cinquenta por cento), quando o Estado tiver Zoneamento Ecológico-Econômico aprovado e mais de 65% (sessenta e cinco por cento) do seu território ocupado por unidades de conservação da natureza de domínio público, devidamente regularizadas, e por terras indígenas homologadas.

Uma das regras mais polêmicas editadas por ocasião do atual Código Florestal foi a flexibilização da área de reserva legal, com a possibilidade de redução de 80% (oitenta por cento) para 50% (cinquenta por cento), desde que o respectivo município disponha de mais de 50% (cinquenta por cento) de unidades de conservação de domínio público e terras indígenas homologadas.

Tal regra foi bastante contestada pelos ambientalistas, por ser considerada uma hipótese de redução dos níveis de proteção ambiental, notadamente por se tratar de uma área de relevante interesse ambiental, cuja função precípua é preservar a biodiversidade e sua função ecológica.

Foram apresentados argumentos de juristas e doutrinadores especializados na temática ambiental contrários às regras de flexibilização das áreas de reserva legal, justificando que tais premissas contrariam frontalmente o princípio constitucional implícito de proibição do retrocesso ecológico.

Por fim, coadunando-se com o entendimento de que as prescrições do atual Código Florestal, no que diz respeito às regras de flexibilização das áreas de reserva legal, ferem o princípio de proibição do retrocesso ecológico, foram retratados os fundamentos fáticos e jurídicos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4901, proposta pela Procuradoria Geral da República, sustentando a inconsitucionalidade de diversos dispositivos da Lei n. 12.651/12 e demonstrando que o atual Código Florestal não promoveu maior proteção ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquematizado**. 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

________, Frederico. **Legislação Comentada Ambiental. São Paulo:** Editora Método, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Comentários ao Novo Código Florestal. São Paulo: Editora Atlas, 2013.**

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Direito Constitucional Ambiental. ln: CANOTlLHO, J.J Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, **Constituição Federal da República Federativa do Brasil** (1988).

_______, **Código Florestal** (2012).

_________. **Decreto n. 678/92. Promulga a convenção americana sobre direitos humanos**. Presidência da República, Brasília (1992).

_________. **Decreto n. 3.321/99. Promulga o "Protocolo de São Salvador"**. Presidência da República, Brasília (1999).

_______, **Supremo Tribunal Federal**.

_______, **Superior Tribunal de Justiça**.

COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Protocolo de São Salvador**. Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm > Acesso em: 31 de jan de 2017.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentosanteriores%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-dasNa%C3%A7%C3%B5esat%C3%A91919/declaracao-dedireitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 10 de nov de 2016.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. 2009. **O princípio da proibição do retrocesso social: breves considerações.**

Jus Navigandi. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social> Acesso em: 30 de jan de 2017.

MIZUTA, Alessandra. **O princípio da proibição do retrocesso: uma análise sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6428-o-principio-da-proibicao-do-retrocesso-uma-analise-sob-a-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal> Acesso em: 30 de jan de 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado.** 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade.** In: Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal (org). Senado Federal. Brasília. 2012. Disponível em: < http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf> Acesso em 31 de jan de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

UNIÕES POLIAFETIVAS: A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO NO BRASIL

Laís de Oliveira Pimentel
Giovana Estela Vaz dos Santos

INTRODUÇÃO

A sociedade vive em constante evolução e, por conta disso, o Direito deve acompanhar essas mutações e criar novos institutos que consigam acompanhar esse desenvolvimento social. Os seres humanos, dotados de peculiaridades que os tornam diferentes uns dos outros, necessitam que o ordenamento jurídico estabeleça regras, de acordo com a observância desses múltiplos comportamentos, para que todos, sem exceção, sejam protegidos pela lei. Segundo Maria Berenice Dias,

> [...] o Direito visa abarcar todas as situações fáticas em seu âmbito de regulamentação. Daí a instituição de modelos preestabelecidos de relações juridicamente relevantes, a sustentar o mito da completude do ordenamento. Entretanto, ainda que a lei tente prever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação (DIAS, 2015, p. 28).

Caso não existam, em determinadas situações, regulamentações legais que as abranjam, não é permitida a omissão do judiciário em face dessas, incumbindo ao juiz exercer a função de legislador, dentro dos limites estabelecidos, utilizando-se das fontes do direito, a fim de preencher essas lacunas existentes na legislação, conforme previsto no art. 4º, LINDB, "pois a ausência de lei não significa dizer ausência do direito" (DIAS, 2015, p. 28).

A mudança no modo como as pessoas se relacionam levou ao surgimento de ligações afetivas que não se encontram previstos na legislação, forçando o Poder Judiciário posicionar-se frente a elas, uma vez que estão a cada dia mais presentes no cotidiano.

As "polêmicas" uniões poliafetivas têm causado certo rebuliço, não só no meio jurídico, mas também no meio social, tendo em vista o conservadorismo tradicionalista, ainda enraizado na cultura ocidental. Contudo, essas uniões fazem parte da realidade e, como dito anteriormente, é necessário que o Direito acompanhe todos os tipos, já que elas são, também, dignas de tutela.

Dito isso, no capítulo 1, aborda-se, de forma breve, como o instituto da família evoluiu ao longo da história e, em seguida, como as influências advindas dessa evolução repercutiram no Brasil.

No capítulo 2, elenca-se quais as diferenças entre as uniões poliafetivas e a poligamia, de modo a desmitificar os valores que as caracterizam, demonstrando o motivo para se desconstruir a premissa de que são sinônimas de promiscuidade e imoralidade.

No capítulo 3, explica-se a função essencial que exercem os princípios fundamentais de direito, uma vez que a legislação não ampara, de forma expressa, essas concepções familiares, sendo atribuída aos princípios a "missão" de suprirem parte dessa lacuna deixada pelo legislador.

Assim sendo, pretende-se propor a necessidade do reconhecimento e proteção das uniões poliafetivas no Brasil que são rea-

lidade na sociedade. Para tanto, a metodologia utilizada foi uma revisão bibliográfica crítica, com o uso de artigos científicos, fontes do Direito e livros para a execução da pesquisa bibliográfica.

1. FAMÍLIA: UMA BREVE PONDERAÇÃO HISTÓRICA E AS INFLUÊNCIAS NO BRASIL

O instituto da família é um dos mais antigos da civilização sendo considerado a base formadora da sociedade, desde os mais remotos tempos. A sociedade arcaica, por exemplo, se fundamentou no princípio do parentesco para se organizar e delimitar as regras e condutas que regeriam suas atividades. Já na civilização antiga, segundo Antônio Carlos Wolkmer,

> [...] a família romana e grega, por semelhança, traduzia o tipo de uma organização política cujo princípio básico era a autoridade, e esta abrangia todos quantos a ela estavam submetidos. O *pater familias*, ou seja, o chefe do núcleo familiar era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, constituindo-se, assim, a família como a unidade da sociedade antiga, em contraposição à posição do indivíduo na sociedade moderna (WOLKMER, 2011, p. 114).

Séculos se passaram e outro período merece destaque: a "Idade Média", também conhecida como "Era Feudal". Esse momento foi extremamente importante, em decorrência do surgimento do "direito canônico", isto é, quando a Igreja Católica, a partir do século V, começou a disseminar seu dogma para toda Europa, exercendo com propriedade seus regulamentos para governar a organização cristã e seus membros.

Muitas regras iniciadas nesse período mantêm-se vivas até os dias atuais, sendo a principal delas as que imperam sobre o

matrimônio. A Igreja estabelecia o padrão para que as uniões se efetivassem, e quando alguma delas fugia desse modelo estabelecido, a cerimônia não era realizada e, por conseguinte, essa união não era "abençoada". Cabe ressaltar que algumas questões, no que tangem às regras matrimoniais de celebração do casamento, invalidade, efeitos jurídicos e sua dissolução, foram praticamente copiadas do antigo direito canônico para o direito brasileiro, como podem ser facilmente observadas no Código Civil e em outras leis que o regulamentam (SÁ; MADRID, 2008), merecendo destaque a monogamia, ainda considerada a regra para que o casamento seja válido e produza seus efeitos.

1.1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA FAMÍLIA NO BRASIL.

Antes da promulgação da Constituição Federal, em 1988, era considerada família somente aquela formada pelo matrimônio, sendo abominada pelo legislador aquela formada fora deste, inclusive a constituída pela união estável de pessoas livres. Filhos concebidos fora do matrimônio eram considerados ilegítimos e eram tratados de forma desigual, não possuindo direito nenhum à sucessão de seu genitor. Até entre os "cônjuges havia uma hierarquia, devido a existência de uma cultura de dominação do pátrio poder, haja vista que a mulher era totalmente subordinada às ordens de seu marido, não possuindo os mesmos direitos que eram conferidos a ele" (SÁ; MADRID, 2008).

Por sorte, muito se evoluiu desde essa época. Com o advento da CF/88, foram auferidos a todos os cidadãos os mesmos direitos, sem qualquer distinção, inclusive referentes à sociedade conjugal, bem como foram reconhecidas como entidade familiar, também, as uniões estáveis e os núcleos familiares formados por qualquer dos pais e seus descendentes (monoparentalidade), conforme exposto nos artigos 5º, *caput* e 226, §§3º, 4º e 5º do referido diploma:

> Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].
>
> Art. 226- A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
>
> ***§4º*** Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
>
> §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

Todavia, mesmo que a legislação brasileira tenha avançado consideravelmente após a CF/88, o ordenamento jurídico não consegue abarcar todas as situações fáticas existentes nas relações sociais. Por isso, ainda existem inúmeras unidades familiares que não foram reconhecidas, expressamente em lei, que necessitam de proteção jurídica tanto quanto as que foram positivadas. Tratam-se das uniões poliafetivas, que serão o objeto de estudo da presente pesquisa acadêmica.

2. DESMITIFICANDO O POLIAMOR: DIFERENÇAS ENTRE UNIÕES POLIAFETIVAS E POLIGAMIA

A monogamia, um instituto historicamente acolhido e com um valor socialmente consolidado, consiste no matrimônio

com apenas um cônjuge, e por ser o modo padrão reconhecido na sociedade contemporânea, acarreta dificuldade de aceitação de outras formas de relacionamento que não obedeçam a esses critérios. Não obstante, é um erro sustentá-la como regra, haja vista a diversidade de relações existentes atualmente.

Mesmo sendo alvo de repúdio social, a prática de relações não-monogâmicas não é nova, pois nunca deixaram de existir, e em larga escala (DIAS, 2014, p. 115). As relações poliafetivas, objeto de estudo dessa pesquisa, são uniões estabelecidas entre três ou mais pessoas que têm o ânimo de constituir uma família. Nesse tipo de relacionamento, os integrantes convivem em interação afetiva e sexual entre si e tem como características: a consensualidade, a igualdade e a simultaneidade, pois os adeptos inseridos nesse grupo familiar não consideram a monogamia como necessidade do relacionamento, estabelecendo seus próprios códigos de lealdade e respeito (SPAGNOL, 2016). A honestidade, transparência, compaixão, lealdade, compromisso, bondade, decência e cuidado com os parceiros também integram o rol de características que definem essas relações (SANTIAGO, 2014, p. 132).

Difere-se da poligamia, no que diz respeito à soberania masculina sobre a feminina, já que é somente o homem que pode ter vários casamentos concomitantemente. Nas uniões poliafetivas não existe essa hierarquia. O poliamor, portanto, implica nos vários relacionamentos amorosos. (SANTIAGO, 2014, p. 250).

Em uma sociedade onde predominam valores afetivos monogâmicos, é inevitável a apatia causada ao se falar em polifamílias ou uniões poliafetivas, já que são relacionamentos que fogem do convencional. Destarte, depois de feita a diferenciação acima, é primordial começar a observá-los sob uma perspectiva diferente para que se desconstrua a premissa de que as uniões poliafetivas são sinônimas de promiscuidade e

imoralidade e, também, que esses casais mereçam viver na clandestinidade, pois condená-los à invisibilidade não irá fazê-los desaparecer.

3. AS LACUNAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE DIREITO

Segundo Silvio Neves Baptista, "a realidade social obrigou a se trazer uma nova concepção de família ao longo dos anos, desvinculando-se de seus paradigmas originários (casamento, sexo e procriação), para valorizar as relações de afetividade, carinho e amor" (BAPTISTA, 2010, p. 23).

No âmbito jurídico, a legislação ainda deixa a desejar devido à falta de amparo legal para com essas novas concepções familiares. Com isso, são os princípios fundamentais de Direito que suprem, em parte, essa lacuna deixada pelo legislador. Os princípios que merecem destaque são: da não-intervenção ou da liberdade, da afetividade, da proteção da dignidade da pessoa humana, do pluralismo das entidades familiares e da proibição do retrocesso social.

3.1 PRINCÍPIO DA NÃO-INTERVENÇÃO OU DA LIBERDADE

De acordo com Baptista,

> [...] o Estado não tem autonomia para interferir no momento e na forma da constituição da família (se matrimonial ou por união estável), de sua dissolução, do planejamento do casal em ter ou não prole, são da exclusiva responsabilidade de seus integrantes, não devendo pessoas estranhas intervir em referidas escolhas (CC arts. 1.513 e 1.565, § 2º). Respeita-se, assim, a autonomia privada das partes

> envolvidas para decidir o que melhor lhes aprouver (BAPTISTA, 2010, p. 40-41).

Esse princípio confere aos indivíduos o direito de se relacionarem como quiserem, não sendo competência do Estado interferir em quaisquer tomadas de decisões, cabendo a ele, somente, conforme previsto no art. 226, §7º da CF/88, "propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

3.1.1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O "princípio da afetividade, na atualidade, tem sido importantíssimo, pois quebra paradigmas, trazendo a concepção de família de acordo com o meio social" (TARTUCE, 2006). Sua abrangência transcende o vínculo de consanguinidade, fazendo com que surjam novos parentescos de cunho sociafetivo, quebrando as barreiras biológicas do significado de família, compondo, no dizer de Maria Berenice Dias, "que o direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade" (DIAS, 2015, p. 52).

3.1.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Esse princípio é o maior instituidor do Estado Democrático de Direito, previsto já no primeiro artigo da Constituição Federal:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
>
> I- a soberania;

> II- a cidadania;
>
> III- a dignidade da pessoa humana;
>
> IV- os valores sociais e do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V- o pluralismo político. (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

"A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nucelar da ordem constitucional" (DIAS, 2015, p. 44), a fim de que seja garantindo o pleno desenvolvimento de cada membro da sociedade, "devendo ser já respeitada no seio familiar e daí expandindo-se às demais áreas de atuação do indivíduo na sociedade" (BAPTISTA, 2010, p. 44).

3.1.3 PRINCÍPIO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

Desde o advento da Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou-se o espectro de família. O "princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares" (DIAS, 2015, p. 49).

3.1.4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A Constituição Federal estabeleceu diretrizes para que todas as regras garantidoras de direitos sejam respeitadas. Assim, o

legislador infraconstitucional, deve ser fiel ao tratamento igualitário garantido constitucionalmente, a fim de que nenhuma dessas normas sejam desrespeitadas. Deste modo, "todo tratamento discriminatório levado a efeito pelo Judiciário é declarado visivelmente inconstitucional" (DIAS, 2015, p. 49).

Apesar do reconhecimento de todas essas múltiplas existências, esses novos arranjos ainda não estão expressamente disciplinados no ordenamento jurídico. Contudo, negar-lhes a sua existência seria, sem dúvidas, fechar os olhos às exigências da constante metamorfose em que se encontra a humanidade.

3.2 AS RELAÇÕES POLIAFETIVAS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Primeiramente, cabe salientar, que não há vedação ou sanção expressa na Constituição Federal, no que tange à união de três ou mais pessoas, tratando-se, portanto, de um silêncio normativo.

Entretanto, o Código Civil, em seu art. 1521, inciso VI, proíbe o casamento de pessoas que já contraíram matrimônio, isto é, pessoas casadas não podem se casar novamente, sendo defeso a bigamia no ordenamento jurídico brasileiro. O Código Penal tipificou também a conduta como sendo criminosa, conforme previsão expressa em seu art. 235, *caput,* punindo, com pena de reclusão, de dois a seis anos, quem contrair, sendo casado, novo casamento.

Conforme aborda Rogério Sanches Cunha, "o que se tutela aqui é o casamento monogâmico (ordem jurídica matrimonial) e, consequentemente, a organização da família, considerada a base da sociedade" (CUNHA, 2016, p. 523).

Muitos juristas invocam essa vedação para afirmarem que as relações poliamorosas não podem ser aceitas. Porém, esse argumento cai por terra, pois essas relações não são conside-

radas espécie de matrimônio, mas sim de uniões estáveis entre mais de duas pessoas, que assumem o *animus* de criar uma unidade familiar, sendo assim permitida sua regulamentação.

Deste modo, não há que se confundir as relações poliafetivas com o concubinato, com as relações paralelas ou até mesmo com a bigamia, pois, frisa-se, não existe proibição legal alguma instituída no ordenamento jurídico brasileiro (SÁ; VIECILI, 2014).

CONCLUSÃO

Família é o que se forma pelo amor familiar, ou seja, o amor que vise a uma comunhão plena de vida, de forma pública, contínua e duradoura. Conforme afirmado pelo Ministro Fux no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, que:

> O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional. (STF, 2011).

As uniões poliafetivas são realidade no Brasil e também merecem a devida proteção no ordenamento jurídico. O maior problema para que essa questão seja pacificada é fazer com que a sociedade brasileira, extremamente conservadora,

as vejam como elas realmente são, uma forma autêntica de relacionamento entre pessoas que se amam.

É necessário seu reconhecimento para que os direitos dessas famílias sejam protegidos, observando os princípios da dignidade da pessoa humana, do pluralismo das entidades familiares, da afetividade, da não-intervenção ou da liberdade e da proibição do retrocesso social.

Esses casais "passariam a ter direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório, como por exemplo, receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum, entre outros". (DIAS, 2015, p. 139)

Não é justo que os que convivem nessa situação continuem na ilegalidade, por isso, o Estado, como órgão responsável pela seguridade e proteção dos direitos de todos, deve reconhecer essa nova forma de relacionamento, conscientizando a população de que essa situação já faz parte do cotidiano, tentando, fielmente, eliminar os preconceitos enraizados na cultura ocidental, que apenas considera como modelo convencional, aquela família formada por pai, mãe e filhos.

Diante da inércia do Poder Judiciário acerca do tema, as pesquisas realizadas com o intuito de desmitificar a promiscuidade e imoralidade que assolam o assunto restam-se, de certo modo, prejudicadas. Por isso, é necessária maior participação do referido órgão em colaborar com a ruptura e desconstrução desses paradigmas tão atuais.

A grande questão levantada é: as relações poliafetivas confrontam a legislação pátria? Percebe-se que, no atual ordenamento jurídico brasileiro, não existe norma que regulamente esse tipo de relação, "tampouco existem normas proibindo a criação dessas novas famílias. Argumentar que os indivíduos que mantêm uma relação poliafetiva estariam afrontando a Constituição, o Código Civil e o Código Penal, por si só, não basta" (SÁ; VIECILI, 2014).

Nos dizeres de Maria Berenice,

> Com certeza a rejeição decorre muito mais do medo das próprias fantasias. Descabe realizar um juízo prévio e feral de reprovabilidade frente a formações conjugais plurais. Não havendo prejuízo a ninguém de todo descabido negar o direito de viver a quem descobriu que em seu coração cabe mais de um amor (DIAS, 2015, p. 115).

À vista disso, pode-se concluir que o Estado deve trazer a mesma proteção normativa tanto para a família monogâmica quanto para a família poliafetiva. A transformação social, que não para de acontecer nem sequer um minuto, precisa ser protegida pelo Direito, a fim de que não seja permitida, a prática de injustiças às pessoas que mereçam, sem exceções, a mesma proteção jurídica e reconhecimento que outras têm.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI.** 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal, parte especial (arts. 121 ao 361)**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **O mito da monogamia à luz do Direito Civil-constitucional:** A necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor. 2014. 258f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Brasília: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16193/1/2014_RafaeldaSilvaSantiago.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2017.

SÁ, Camila Franchi de Souza; VIECILI, Mariza. **As Novas Famílias:** Relações Poliafetivas. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, v. 5, n.1, 2014. Disponível em: <http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-tajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/985/Arquivo%207.pdf>. Acesso em 13 de janeiro de 2017.

SÁ, Carolina Silveira, MADRID, Daniela Martins**. Evolução histórica da família no Brasil**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.pho/ETIC/article/viewFile/2008/2149>. Acesso em 3 de janeiro de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro.** Disponível em <http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero1/novosprincipios.pdf>. Acesso em 13 de janeiro de 2017.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos da História do Direito.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.Disponívelem: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 3 de janeiro de 2017.

BRASIL**.** Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. **Pesquisa de Súmulas.** 05 maio

2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277LF.pdf>, p. 12-13. Acesso em: 11 de janeiro de 2017.

SPAGNOL, Débora. **O que são famílias poliafetivas?** 2016. Disponível em <http://femininoealem.com.br/18340/o-que-sao-familias-poliafetivas/>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO HOMOAFETIVA: AS PERSPECTIVAS NO BRASIL E NA ARGENTINA.

Lisâneo Macedo M. Melo

INTRODUÇÃO

Entendemos que a sociedade é mais dinâmica que a lei, ao tratarmos de um tema que acompanha a evolução dos direitos individuais, estando no bojo dos direitos protegidos pela constituição brasileira. Pois enquanto a vida humana é transformada cotidianamente, a lei por vezes não reconhece uma situação jurídica de fato, concreta e consumada. A falta desse reconhecimento pode causar anacronismos sociais, inviabilizando sua consumação jurídico-legal de se estabelecer legalmente.

O casal formado por homem e mulher sempre foi reconhecido social e juridicamente, sendo culturalmente aceito, abraçado pelas religiões e propagado pelo mundo.

Tratamento distinto foi dado aos casais homossexuais, que foram postos à margem da sociedade e da lei. O vínculo afetivo entre pessoas do mesmo sexo encontra resistência na sociedade e seus direitos como instituição familiar tornou-se motivo de acaloradas discussões. Atualmente esse grupo da sociedade tem conseguido vitórias importantes na busca de seus direitos em vá-

rios países do mundo, principalmente no âmbito da composição de um núcleo familiar, assunto que será abordado neste estudo.

O poder legislativo tem a responsabilidade de transformar em lei demandas da sociedade, por vezes, isso não se dá, por uma variedade de motivos, que não iremos explorar aqui. Quando isso ocorre o judiciário é instado a se manifestar. Isso aconteceu com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº. 132, que foi analisada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº. 4277, no Supremo Tribunal Federal em 5 de maio de 2011.

Numa sessão histórica o julgamento representou uma genuína quebra de paradigma no direito de família no Brasil. Nunca um julgamento público repercutiu numa seara tão privada das relações humanas.

Tal julgamento trouxe nova abordagem à união homoafetiva. Se antes era vista como uma relação de sociedade, regida por uma espécie de contrato, passa agora a ser vista com uma relação de família, com os direitos e deveres de qualquer casal heterossexual.

O reconhecimento constitucional da união homoafetiva como equivalente a família oferece garantias judiciais, mas qual a extensão dessa decisão? Quais os direitos específicos que a decisão reconhece? Qual a efetividade prática nas vidas desses casais?

Partimos em nossa abordagem, diferente dos mencionados instrumentos de tutela dos direitos individuais, alçando os casais homoafetivos a um novo estágio, a partir da premissa da união estável homoafetiva à luz da Constituição Federal, sobretudo na ampliação dos direitos dessa parcela da população nos últimos anos.

1. OS DIREITOS SOCIAIS E AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Para Bobbio(2004) a história dos direitos dos homens se deu em três etapas ou fases: primeiro, garantiu-se os direitos a

liberdade, ou seja, devem ser resguardados os direitos do indivíduo em face do poder estatal e de terceiros; em um segundo momento asseverou-se os direitos políticos, trazendo como consequência a participação do cidadão nas decisões políticas, por último garantiu-se os direitos sociais, que trouxe novas garantias e valores, como do bem-estar e igualdade.

Os direitos fundamentais como previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988, caracteriza-se como os direitos assegurados ao cidadão tanto em sociedade, como ser individual, de modo a garantir esse contra a discricionariedade estatal ou atos de terceiros.

A doutrina em sua maioria parte do entendimento que os direitos humanos ganharam força a partir do surgimento do constitucionalismo, já que a constituição não apenas visa estruturar o Estado, criando a máquina estatal e delimitando sua atuação, mas também garantindo uma reserva "intocável" de direitos individuais e sociais, essa reserva de direitos, é aquilo que alguns doutrinadores chamam de direitos mínimos.

A base de qualquer constituição que carrega consigo os valores do Estado democrático de direito é a valorização do homem, da pessoa humana, sendo o objetivo de qualquer constituição. Nessa linha leciona Humenhuk(2014), que diz ser notório que os direitos fundamentais são a base e a essência para qualquer noção de constituição.

Após o estudo do histórico dos direitos fundamentais, Brega Filho (2002, p.22), conclui:

> que apenas os direitos individuais (Liberdades Públicas) não eram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, pois havia a necessidade de se criarem condições para o seu exercício. Foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômi-

> cos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais.

Continuando, Brega Filho (*apud* Sarlet:2002, p.23) explica que:

> esses direitos foram chamados de direitos fundamentais de segunda geração e caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

A previsão constitucional brasileira, nos termos em que restou consignada na Carta da República de 1988, revela o traço concernente à indisponibilidade dos direitos sociais, bem como a característica da auto-aplicabilidade da regra prevista no artigo 6º, segundo a qual "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados".

No entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p.49):

> como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de exigir. São direitos de crédito.

Assim, os operadores do direito devem perquirir sobre as alternativas possíveis na busca do efetivo respeito aos direi-

tos sociais, fazendo com que o Estado cumpra o seu dever de garantir ao cidadão o direito de viver em uma sociedade que busque, por meio da atuação dos poderes constituídos e das organizações civis não governamentais, a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e promovendo o bem de todos, nos exatos termos do que estabelece o art. 3º, III e IV, da Constituição. Partindo da consagrada divisão apresentada por Montesquieu relativa aos Poderes do Estado, ao Executivo compete a prática dos atos de chefia, de governo e de administração.

Para que os direitos sociais possam ter real implementação, mostra-se necessário que o Estado, através de seus poderes, promova o empoderamento e o reconhecimento dos direitos das chamadas minorias, elaborando políticas públicas e estratégias de atuação na busca da efetividade dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, etc.

Conforme Hely Loes Meirelles (2007, p.103), à Administração é concedido o chamado poder discricionário "para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo".

Entretanto, no âmbito dos direitos sociais, o poder discricionário da Administração deve ser analisado com profunda cautela posto que a elaboração das políticas públicas e a realização dos atos administrativos tendentes à efetiva implementação de tal modalidade de direitos estão vinculadas ao cumprimento de dispositivo constitucional de ordem pública, arraigado aos critérios da imperatividade e inviolabilidade, possuindo natureza de norma auto-aplicável e, assim, não podendo ser afastada pela discricionariedade do Administrador.

Surge, então, o conceito de políticas públicas constitucionais vinculativas, a partir do qual se chega ao entendimento de que, para a garantia dos direitos sociais a Administração

estará compelida à elaboração de estratégias de atuação visando implementá-los.

Desta forma, temos que o Estado não poderá furtar-se à elaboração das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, bem como à efetiva implementação destes, sob pena de descumprir norma constitucional de ordem pública, imperativa, inviolável e auto-aplicável.

Na hipótese da Administração não cumprir tais deveres, deixando de elaborar (ou elaborando de maneira inadequada) as políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, ou, ainda, deixando de cumprir (ou cumprindo de forma ineficaz) as políticas públicas elaboradas, abre-se espaço para a análise e discussão acerca dos instrumentos que podem ser utilizados na busca da tutela dos direitos sociais.

2. O JULGAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA UNIÃO HOMOAFETIVA

No dia 5 de maio de 2011 o STF legitimou a união estável entre casais do mesmo sexo. A decisão estabelece um novo paradigma nos direitos dessas pessoas no país, pois estabelece que casais homossexuais em união estável têm os mesmos direitos que qualquer casal heterossexual.

O Supremo concluiu de forma unânime, depois de invocado a manifestar-se através da ADPF nº. 132[66]. Onde o estado do Rio de Janeiro reclama "insegurança jurídica" em que vivem as pessoas, cuja união homoafetiva não é reconhecida pelo Estado, em que pese o aumento gradativo desse tipo de relação. A petição enfatiza que tal descumprimento dificulta benefícios como licença por doença de familiar, herança, pensão de alimentos, entre outros.

66. ADPF, ajuizada no Supremo Tribunal Federal em 25 de fevereiro de 2008 de autoria do governo do estado do Rio de Janeiro

No mesmo sentido foi apresentada em julho de 2009, a ADPF nº. 178[67] de autoria da Procuradoria Geral da República, requerendo ao STF, que declarasse o caráter obrigatório de reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com as mesmas exigências e faculdades do casal hetero, reclamando os direitos e deveres que hoje guiam casais de sexo diferente.

Como subsídios às ADPF's foram elencados os preceitos constitucionais que estariam sendo ofendidos: a dignidade da pessoa humana (art.1º, III), a igualdade (art.5º, caput), a vedação de discriminações odiosas (art.3º, IV), a liberdade (art.5º, caput) e a proteção a segurança jurídica.

Vale esclarecer o que vem a ser uma ADPF. Extraído do sitio do STF é um tipo de ação ajuizada exclusivamente na corte, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Neste caso, diz-se que a ADPF é uma ação autônoma. Entretanto, esse tipo de ação também pode ter natureza equivalente às ADI's, podendo questionar a constitucionalidade de uma norma perante a Constituição, mas tal norma deve ser municipal ou anterior à Constituição vigente (anterior a 1988). A ADPF é disciplinada pela Lei Federal nº. 9.882/99, não sendo cabível quando existir outro tipo de ação que possa ser proposto.

A ADPF, introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº. 03/93, prevista no § 1º, do art. 102 da Constituição, representa uma das formas de exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

Regulada pela Lei nº. 9.882/99 têm como principal objetivo, assim como todas as ações de controle de constitucionalidade a prevalência da rigidez constitucional e a segurança jurídica. Note

67. ADPF, ajuizada no STF em 2 de Julho de 2009, posteriormente convertida na ADI nº. 4277 de autoria da Procuradoria Geral da República.

que este controle de constitucionalidade, traz o termo "preceito fundamental". Valendo ressalvar que nem a Carta Política nem a Lei nº. 9.882/99, trouxeram o conceito de "preceito fundamental", cabendo, desta forma, à doutrina e à jurisprudência criá-lo.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino(2009) argumentam numa tese de que o legislador teria se utilizado da palavra "preceito" em vez de "princípio" com o objetivo de evitar que o conceito a ser delineado pela doutrina e jurisprudência acabasse se restringindo aos princípios fundamentais arrolados no Título I da Constituição. De acordo com os professores a expressão mais genérica permite que sejam abrangidos pelo conceito não só os princípios, mas também as regras, em suma, qualquer norma, desde que possa ser qualificada como norma fundamental.

A doutrina assinala como ponto relevante, também suscitado pelos autores, é que o texto constitucional menciona "preceito fundamental, decorrente desta Constituição", art. 102, § 2º, da Constituição Federal do Brasil, o que denota que não é necessário que se trate de uma norma expressa, estando protegidas pela ADPF também as normas implícitas fundamentais que se possam inferir da Carta Política como um todo.

Dito isso, passamos a análise do julgado em si, já destacando que a ADPF nº. 132 foi julgada como ADI, ação direta de inconstitucionalidade, em conjunto com a ADI nº. 4277, cuja relatoria ficou a cargo a época, do hoje ministro aposentado Ayres Brito. A votação foi unânime em julgar procedente a ação, com eficácia *erga omnes*, e efeito vinculante com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

O ministro Luiz Fux em seu voto:

> A pretensão é que se configura juridicidade à união homoafetiva, para que possam sair do segredo e do

> sigilo, vencer o ódio e a intolerância em nome da lei. O que se pretende é a equiparação a união estável[68].

Continua:

> Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apóiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia-a-dia; projetam um futuro comum[69].

O Código Civil – que não proíbe, mas não legaliza a união homoafetiva- e a CF em seu artigo 226, §3º, que omite mencionar a modalidade de família para pessoas do mesmo gênero.

O texto constitucional determina que o poder de formar família está possibilitado aos casais na modalidade homem-mulher, como condição suficiente, porém não como necessária, sendo juridicamente possível sua extensão ao caso de pessoas do mesmo sexo. No artigo citado anteriormente a constituição não define o conceito de família, mas define como união estável a modalidade de casal homem-mulher, portanto estender o alcance de entendimento desse artigo não requer uma emenda à constituição.

No julgamento votaram dez ministros, sendo sete reconhecendo integralmente as alegações apresentadas, enquanto três, opuseram certas objeções, mas também acolheram o pedido contido nas petições citadas, tornando a votação unânime.

A abrangência do julgado, segundo dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, deve beneficiar os 60 mil casais homoafetivos que vivem em relações estáveis, segundo o censo de 2010. Na prática o julgado deve beneficiar um número muito maior, pois muitos não assumem publica-

---

68. STF, j. 5 mai 2011, ADIN 4.277/DF, Ministro Luiz Fux.
69. *Ibidem*.

mente suas relações, por temer a reprovação da família, do trabalho, pelo preconceito.

Em princípio com a equiparação de direitos e deveres de casais heterossexuais e homossexuais, os últimos passam a incorporar novos direitos civis. Há em andamento uma verdadeira revolução, no campo dos direitos dos casais homoafetivos, com o advindo do julgado, já é possível para um casal do mesmo sexo: declarar-se em regime de comunhão parcial de bens, solicitar pensão alimentícia em caso de separação judicial, para citar alguns direitos, mas o espectro da sentença atinge questões que envolvem direito previdenciário, trabalhista, civil, tributário e sucessório.

Faz-se necessário salientar que antes do julgado já era possível um casal homoafetivo registrar sua relação em cartório de oficio, em contrato, estabelecendo a divisão dos bens. O Código Civil enxergava o vínculo apenas como uma relação de sociedade, ou seja, se há uma separação, os direitos são equivalentes aos existentes em uma quebra de sociedade. Com o julgado, a união estável homoafetiva é tratada como modalidade de entidade familiar, e por isso regida pelo direito de família, portanto há agora uma nova abordagem sobre essa relação.

Assim como os casais heterossexuais, o casal homoafetivo deverá cumprir determinados requisitos para comprovar a união estável. Os requisitos são elencados no código civil, tais como: ser uma convivência pública, duradoura, contínua leal e com a intenção de constituir família, não havendo um prazo mínimo de convivência.

A efetivação desses direitos não é automática, será necessária ainda a tutela judicial, pois não há regulamentação legal. Somente após a criação de leis ordinárias haverá na prática uma adequação a situação fática, pois o casamento não foi estendido aos casais homoafetivos, já que para tal existe uma

carga formal maior, exigindo a certidão e outros documentos, o que não ocorre com a união estável.

O julgado do Supremo unifica o entendimento jurisprudencial, em questões que envolvem direitos de casais homoafetivos, dando assim, mais agilidade em ações que envolvam o tema. Muitos desses direitos já vinham sendo reconhecidos por outros tribunais e, até mesmo em alguns órgãos públicos, tais como a previdência social e a receita federal, mas de forma isolada

Temas como recebimento de pensão, partilha de bens já ensejaram julgados nos estados de Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo. Os tribunais do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, já produziram decisões reconhecendo os direitos dos casais homoafetivos.

Se antes do posicionamento do STF existiam julgados a favor dos casais homoafetivos, também havia decisões contrárias, como no julgado exarado pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, que cita expressamente o art. 226, §3º da CF, como fundamento do voto.

> Apelação Cível. Homossexualismo. Reconhecimento. Esforço comum na formação do patrimônio. Falta de comprovação. Sociedade de fato. Relacionamento homossexual. A inexistência de texto constitucional ou legal impede que se reconheça a união estável entre pessoas do mesmo sexo. A formação de patrimônio comum está submetida aos pressupostos do artigo 1363 do CC-16. Exame de prova documental. "*Affectio Societatis*" demonstrada a partir de 1998. Apelação desprovida". [70]

O avanço dos direitos individuais na sociedade de modo geral, chegou a comunidade homossexual, que viram nesses

70. TJ/RJ, j.7 fev.2006, AC 2006.001.00660, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto.

avanços uma oportunidade para os seus direitos. A garantia constitucional de livre manifestação foi utilizada como forma de expressão pública à opção sexual dessas pessoas, de modo que, é crescente em todo país, grandes manifestações em defesas dos direitos e da diversidade sexual, vide as passeatas gays que reúnem milhares de pessoas, artistas consagrados, membros da sociedade civil organizada e até autoridades públicas.

O judiciário manifestou-se por determinadas vezes contra eventuais ataques à igualdade sexual, impedido hierarquias entre pessoas, negando privilégios ou vantagens que não possam ser justificados.

A ausência de dispositivos legais sobre a matéria tem tornado cada vez mais importante à discussão do tema a fim de solucionar, com eqüidade, tais questionamentos. Dessa forma, é vital o entendimento do *"fenômeno social jurídico"* do tema. Tal exegese legal não deve ser confundida pelo jurista como aplicação do Direito. Este deve ser, primeiramente, entendido como fato social; produto da atuação dos atores sociais em seu meio. Assim, é imprescindível a inteligência de Pontes de Miranda (1995, p.170) sobre o tema:

Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais por fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentro deles. Qualquer círculo, e não só os políticos, no sentido estrito, tem o direito que lhe corresponde.

Nesse contexto, faz-se mister a releitura do entendimento do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, a qual transcrevemos *in verbis:* Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Retornamos ao julgado, trazendo partes importantes do voto do Relator das ações o ex-Ministro Ayres Britto, nos permitindo o grifo:

> 20. (...)**merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de "interpretação conforme à Constituição" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.**
>
> (...)
>
> 42. (...) **Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art.5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo "inviolável do indivíduo.**

Nos parece que dentro da atual conjuntura da sociedade brasileira, a união estável homoafetiva está claramente evidenciada e aceita. Cabe então, aos atores jurídicos e a sociedade como um todo, o entendimento desse fenômeno como parte do meio social para a utilização dos princípios e métodos adequados à defesa dos interesses dessas pessoas.

No Brasil há milhares de famílias homoafetivas que comungam de projetos comuns de convivência e respeito mútuo. O judiciário é chamado a responder a esse fenômeno relativamente recente no direito brasileiro.

Nesse sentido, a Constituição possui dois sentidos: o lato e estrito. No sentido lato as garantias nascem para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional, evitando reformas que prejudiquem a segurança e a conservação do estado de direito.

Para Bonavides(2007) o estrito não deseja garantias a Constituição e o direito objetivo em sua totalidade, mas persegue a proteção direta e imediata dos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes.

Parece que o julgado teve a capacidade de captar esse sentimento da sociedade brasileira, reparando uma lacuna legislativa que até hoje não foi preenchida na legislação brasileira.

Nessa linha o CNJ, órgão de controle externo do poder judiciário, dada as disparidades de entendimento que o julgado trouxe e, consequentemente aplicações variadas, resolveu uniformizar os procedimentos, já que sentiu a necessidade de acabar com essa variedade de entendimento entre os estados que autorizam e os que não autorizam a união homoafetiva editou a Resolução nº 175.

Publicada em 15 de maio de 2013, autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seja por habilitação direta, seja por conversão de união estável. Determina que "é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo".

As portarias do CNJ, com os poderes conferidos no art. 103-B da Constituição, tem efeito vinculante em todo o judiciário brasileiro. Nesse caso os cartórios de nota, mesmo sendo instâncias extrajudiciais são vinculados ao Poder Judiciário, sendo de responsabilidade das Corregedorias Estaduais de Justiça que são órgãos do Judiciário Estadual.

Na prática essa Resolução tem força de lei e deve ser cumprida. Caso contrário, cabe comunicação ao juiz corregedor do

respectivo tribunal estadual, para denunciar o responsável em caso de descumprimento e até mesmo recurso ao próprio CNJ.

4. A UNIÃO HOMOAFETIVA NA ARGENTINA

A Lei nº. 26.618 que foi promulgada em 21 de Julho de 2010, deu à Argentina o protagonismo na América Latina, como o primeiro país a conferir na sua legislação os mesmos direitos dos casais heterossexuais aos casais homoafetivos, mediante modificação no Código Civil Argentino.

A modificação no artigo 172 daquele Código Civil, estabeleceu: “El matimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, com independência de que los contrayentes sean del mismo e de diferente sexo”.

A República Argentina de forma inovadora no continente confere status legislativo a união de pessoas do mesmo sexo, não fazendo mais nenhuma distinção de sexo para caracterizar qualquer união, bastando para isso mera declaração de vontade perante uma autoridade competente para a existência do casamento civil. Assim estabelece o art. 42 da Lei nº. 26.618/10:

> Aplicación. Todas las referencias e al instición del matrimonio que contiene nuestro ordenamento jurídico se entederán aplicabes tanto al matrimonio constituído por DOS(2) personas de distinto sexo.
>
> Los integrantes de las famílias cuyo origen sea unm matrimonio constituído por DOS(2) personas del mismo sexo, así como um matrimonio constituído por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obrigaciones.
>
> Ninguna norma del ordenamento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada em el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce

> de los mismos derechos y obrigaciones, tanto al matrimonio constituído por personas del mismo sexo como al formato por DOS(2) personas de distinto sexo.

Fica evidente que a normativa desse país atendeu ao determinado na Constituição Argentina, que afirma que todos são iguais perante a lei, expressado no art.16 da Carta Constitucional daquele país:

> La Nacion Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni titulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales antes la ley, y admisibles en los empleos sin otra condicion que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas publicas.

Vale ressaltar que já existia uma normativa anterior a Lei de União Civil da cidade de Buenos Aires, aprovada no final de 2002, que foi o primeiro antecedente antes da existência da lei nacional sancionada pela presidente Cristina Kirchner, que garante às pessoas do mesmo sexo os mesmos direitos e responsabilidades de casais heterossexuais, além da mudança dos termos "marido e mulher" no Código Civil Argentino para "contratante" ou "cônjuges". Isto inclui muito mais direitos do que as uniões civis, incluindo adoção, direito a herança, benefícios sociais e patrimoniais.

No entendimento de César Cigliutti presidente da Comunidade Homossexual Argentina (CHA) ao jornal Clarín,

> A lei já está vigente e a disposição de todos (as). É como propomos através da Comunidade Homossexual Argentina (CHA), a ampliação do conceito de família. Todas as famílias, as nossas também. As

> leis, além de outorgar direitos e reconhecer obrigações, também educam a sociedade. As novas gerações se formarão na consciência do matrimônio igualitário, como fazem agora com o voto feminino. Assim avançam historicamente as civilizações. Sem se restringir às tradições e nem impondo dogmas[71].

Se a República Argentina já tem resguardado em seu Código Civil os direitos dos casais homoafetivos em sua legislação, aqui ainda precisa avançar em relação ao tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que tange a questão especifica da efetivação dos direitos dos casais homoafetivos, notamos que o julgado do STF deu validade judicial a tais relações, constituindo dessa forma um novo paradigma nos direitos desses casais.

Ressaltamos que a jurisprudência do Supremo não surge como salvação para os casais que encontram-se incluídos no grupo beneficiados pelo julgado. Mas é uma forma de observar a lei de maneira mais rica e trazer à discussão o modo como o judiciário vem analisando os casos que chegam aos tribunais. Portanto, o presente julgado é um referencial teórico para formular questões, que de certa forma ficariam sem respostas, se não fossem invocadas.

Nesse sentido, vimos que foi cabível uma interpretação constitucional no sentido de reconhecer a união homoafetiva como instituição familiar. Pode-se questionar os vários métodos de interpretação que equiparam os casais homoafetivos aos heteroafetivos, no entanto, é inegável o avanço constituído após o julgado do STF.

Por fim, vale informar que apesar do importante avanço jurisprudencial sobre o tema da união homoafetiva, o Brasil

---

71. Disponível em http://www.azevedosette.com.br/noticias/noticia?id=1685. Acesso em: 13 Jun.2014

ainda carece de uma normativa legal, uma legislação específica que contempla os direitos dessa parcela da sociedade, a fim de consolidar seus direitos e trazer garantia jurídica para milhões de brasileiros.

A inserção ou modificação de um artigo no Código Civil Brasileiro, parecer ser um caminho adequado para conferir amplos e irrestritos direitos aos casais homoafetivos, elevando o Brasil a mesma condição que nosso vizinho Argentino.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGENTINA, Presidência de La Nacion. **Lei nº. 26.618 de 21 de Julho de 2010**. Altera o Codigo Civil Argentino, para dispor sobre o matrimonio civil. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000109999/109481/texactley340_libroI_S2_tituloI.htm>. Acesso em: 16 jun.2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº. 580/2007**. Altera a Lei nº. 10.406 de janeiro de 2002 – Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/617018.pdf>. Acesso em:17 mai.2014.

__________.Presidência da Republica. Constituição da Republica Federativa do Brasil(1988). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const>. Acesso em: 10 mai.2014.

__________.Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 mai.2014.

__________.Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Jurisprudência. Disponível em: < http://www.trtsp.jus.br/ > . Acesso em: 10 mai.2014.

__________.Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: < http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2009/munic2009.pdf > . Acesso em: 10 mai. 2014.

__________. Conselho Nacional de Justiça em: < http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1861 > . Acesso em: 15 Jun.2014.

BARROSO, Luis Roberto, **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

___________, **Diferentes mais iguais : o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**: Disponível em: < http://lrbarrosso.com.br/pt/noticias/diferentes-maisiguais.pdf > . Acesso em:17 mai.2014.

BARBOSA, Joaquim Benedito Barbosa, **Ação afirmativa, princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

___________. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais – aspectos jurídicos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HUMENHUK, Wewertton. **A Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14457-14458-1-PB.pdf. Acessado: 07 mai.2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Volume 7. Editor Borsoi. Rio de Janeiro. 1955.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 1952.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Ação afirmativa e discriminação reversa: análise a partir da instituição de cotas para cidadãos negros e pardos**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/cccivil_03/revista/Rev_61/Artigos/Art_alexandre.htm > . Acesso em:16 mai. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN = DIGITAL1A&LAB = XJRPxWEB&PGM = WEBJRP101&PORTAL = 1 > . Acesso em: 20 mai.2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb = jurisnova > . Acesso em: 20 mai.2014

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: < http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/index.action > . Acesso em: 20 mai.2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do > . Acesso em: 20 mai.2014

VILLELA, João Baptista. **As novas relações da família**. Anais da XV Conferência Nacional da OAB, Foz do Iguaçu, Paraná, p. 639-647, set/1994.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado** – 4. ed., rev. e atualizada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2009.

INFÂNCIA DO CONSUMO E O CONSUMO DA INFÂNCIA: REFLEXÕES SOBRE O "TOTALITARISMO CONSUMISTA" E O INCENTIVO À TRANSGRESSÃO E À VIOLÊNCIA INFANTIL NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA[72]

Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci
Michelle Asato Junqueira

> "A melhor maneira de tornar as crianças boas, é torná-las felizes."
>
> (Oscar Wilde)

1.CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO SUJEITOS DE DIREITO E ALVOS DO CONSUMO

Sujeitos de direito em desenvolvimento. Esta foi a *mens legislatoris*, ou intenção dos Constituintes da Constituição Federal de 1988 , ao estabelecer no art. 227 da CF/88 , às crianças e adolescentes, um *status* constitucional diferencia-

72. Este artigo foi vencedor do Prêmio CAED-Jus 2017

do. Ao eleger como a base o que se convencionou nominar de "Doutrina da Proteção Integral", quis o legislador sublinhar a necessidade de proteção plena e especial ao público infanto-juvenil, a qual se justifica em virtude da maturidade física e mental em desenvolvimento

A partir do desenho constitucional, no ano de 1990 dá-se a edição do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) - conceituado como lei especial e de natureza infraconstitucional- responsável por desenhar para o público compreendido entre 0 a 18 anos, de modo mais específico e pormenorizado, as matizes que delineiam tais sujeitos de direito, reiterando em seu texto os princípios da prioridade absoluta, proteção integral, melhor interesse e sujeito de direito em desenvolvimento, bem como, a solidariedade como bússola hermenêutica a partir da corresponsabilidade da família comunidade, sociedade e Estado.

Diante deste cenário, de proteção integral e direito ao desenvolvimento, não se poder perder de vista que crianças e adolescentes integram a denominada contemporaneamente de sociedade do consumo, na qual o ato de consumir estabelece-se como uma das dimensões do processo comunicacional, relacionando-se com práticas e apropriações culturais dos diversos sujeitos, não se tratando apenas da posse de objetos e bens individualizados tomados *per si,* mas a simbologia da apropriação coletiva destes mesmos bens, responsáveis por definir as pessoas em seus planos biológico e simbólico. (CANCLINI, 1999)

O consumo na sociedade atual - diferentemente de tempos pretéritos- exerce grande influência nas crianças desde o berço, por meio de ofertas constantes de produtos, em especial, nos meios televisivos, (TAILLE,2011) bem como a equação estímulo-condicionamento promovida pelas propagandas, nos demonstra que entre 5 e 6 anos de idade, as crianças iniciam comparações entre os produtos; aos 6 anos são capazes de mencionar

ao menos uma marca, suas cores, dimensões e forma, e de 7 a 8 anos compreendem de forma plena o conceito de marca . (MONTIGNEAUX, 2003)

Destacado autor da denominada "sociedade pós-moderna", notadamente marcada pela efemeridade, transitoriedade e laços líquidos, Bauman (2008, p.73) considera que "tão logo aprendem a ler, ou talvez bem antes, a "dependência das compras" se estabelece nas crianças. [...] Numa sociedade de consumidores, *todo mundo* precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação".. Tal moldura social faz emergir a problemática do consumismo infantil, o qual se manifesta como uma imposição totalitária do mercado, ocasionando às crianças, como sujeitos de direito em desenvolvimento, a busca frenética pela aquisição e pelo pertencimento, trazendo por via de consequência a produção de sentimentos negativos, transgressivos e dotados de violência.

2.SOCIEDADE DO CONSUMO: O "FETICHISMO" DAS MERCADORIAS E O FOMENTO DE "PSEUDONECESSIDADES"

Atualmente, vivemos na era na qual a existência de cada ser humano pauta-se não pelo "ser", mas pelo "ter". Vivemos na era da aquisição frenética de produtos não apenas com o escopo de utilizá-los, mas sim de portá-los e o que é pior: nos tornarmos alguém por estar usando "determinado" bem catalogado como essencial para se atingir um *status* tido por adequado e ideal. O consumismo invade a vida e o cotidiano dos indivíduos, de forma a atingir e envolver suas relações interpessoais e com toda a sociedade.

O termo "sociedade de consumo" foi utilizado pela primeira vez por Jean Baudrillard (1993) enfocando a sociedade contemporânea como alvo e vítima de uma nova meta de

vida, a meta do consumo. Seria uma sociedade voltada única e exclusivamente para a aquisição e o descarte de bens como foco gestor da atuação dos indivíduos. Atrelado a isto, para que as vendas se tornassem céleres combinou-se o ingrediente do fomento de "pseudonecessidades" nas pessoas, traduzindo como a imputação do "ter" sobre o "ser", ou seja, estar incluído nessa sociedade. "Pertencer" pressupõe ser um bom consumidor que compra com rapidez e descarta com a mesma velocidade. A sociedade de consumo é umas das faces do capitalismo, incentivador da produção seriada, em larga escala e de produtos programados para pouco durar, fenômeno que se denomina obsolescência programada.

Assim, a consolidação da sociedade hedonista e sua incessante busca pelo prazer oriundo do consumo e da satisfação de impulsos momentâneos caracteriza a pós-modernidade, marcada pela transitoriedade, simultaneidade e flexibilidade (LIPOVETSKY,2005). Neste universo o homem passa a ter por centro, o "eu" e por referência, o "hoje", o "aqui" e o "agora" e o consumo surge como um mecanismo que possibilita a satisfação imediata e transitória, mas nunca completa e em definitivo do indivíduo, atuando a publicidade, neste contexto, como vetor instrumental a sustentar a pulsão pela busca de completude no consumo. (CARACIOLA, 2011)

É também no consumo que se encontra a "falsa chave" para a satisfação individual, garantindo o poder de pertencimento, *o status quo* de cidadão etéreo, rápido e flexível. Como na frase de Karl Marx e parafraseada por muitos autores contemporâneos "tudo que é sólido se desmancha no ar". Assim, a máxima marxista se aplica à noção de pertencimento que se esvai em pouquíssimo tempo, levando este cidadão a freneticamente lutar para estar inserido. A luta entre a tentativa de inclusão e a compra de bens ofertada é insana,

gerando insatisfações e consequências danosas, tais como, a evasão e até mesmo a ondas de suicídio.

Correlata a toda esta estrutura está condicionada a notabilidade do cidadão à aquisição e descarte de produtos. Cumpre dizer que a posse de objetos ultrapassados é vista como sinônimo de estupidez pelos demais membros da sociedade. Não basta apenas consumir e ter, é preciso consumir cada vez mais em um diminuto espectro de tempo. Durabilidade, perenidade são conceitos que não mais se coadunam com a sociedade de consumo, rarefeita e que se liquidifica com extrema facilidade. (BAUMAN, 2008).

Constitui-se a linguagem publicitária a consolidadora do perfil da sociedade de consumo hipermoderna (CARACIOLA & CARACIOLA, 2011), pautada no totalitarismo do consumo e a despersonalização do sujeito:

> Na era da mercantilização total como nomeada por Marcuse a relação da mercadoria com seu público é abusiva, sufocante e danosa. Ao mesmo tempo, buscada, desejada, permitida. O violentador é empurrado pela vítima com toda a voracidade para dentro de si – tubo oco que denuncia a insuficiência do EU, numa tentativa de fazer as vias da identidade que falta. E a mercadoria é quase onipresente, pois tudo ou quase tudo pode ser convertido em valor de troca – ideias, sentimentos, frustrações, alegrias. O assim configurado totalitarismo do mercadoria é também a noção de que tudo é consumo e de que tudo esteja no mundo para ser consumido. (MALKI, 2007, p. 2)

Não obstante, esta supervalorização da ideologia do consumo quase sempre acaba por desviar os indivíduos da percepção adequada e do real dimensionamento dos problemas sociais que atingem atualmente também as crianças e adolescentes.

3. "PUBLICIDADE INFANTIL EM TEMPOS DE CONVERGÊNCIA": IMPACTOS DAS PROPAGANDAS E A CULTURA DA VIOLÊNCIA NAS CRIANÇAS

O consumo como fato social lança raízes por públicos plurais e dentro deste cenário temos, também, crianças galgando o *status* de consumidoras e consumidas, com o declínio em franca expansão do "brincar" pelo "ter".

Virgílio Afonso da Silva enaltece que "crianças de menos de 12 anos, embora não devessem ser consideradas como consumidoras, estão expostas a uma excessiva carga de publicidade pensada e desenvolvida especialmente para elas" e que "a publicidade dos produtos dialoga com as crianças, usa personagens do imaginário infantil, é veiculada nos intervalos de programas infantis, assistidos quase que exclusivamente por crianças." (SILVA, 2012, 2). Susan Linn (2006) advoga que as pessoas que valorizam bens materiais em demasia, encontram-se em maior propensão à infelicidade, já as que estabelecem as recompensas internas e não-materiais como criatividade, competência e contribuição à sociedade como metas, possuem maior afeição à vida.

Partindo destes fatos sociais, a Universidade Federal do Ceará (UFC) em parceria com o Instituto de Cultura e Arte e o Grupo de Pesquisa da Relação Infância, Juventude e Mídia (Grim) realizou a pesquisa qualitativa intitulada "Publicidade infantil em tempos de convergência". Foram colhidas informações tendo por público-alvo 10 grupos, formados por crianças de 9 a 11 anos de idade, bem como seus pais e/ou responsáveis que vivem em áreas urbanas, de 5 diferentes regiões do país, nas capitais São Paulo, Fortaleza, Brasília, Rio Branco e Porto Alegre e cujas famílias têm diferentes perfis socioeconômicos, além de 12 configurações familiares plurais

A pesquisa tinha por foco as seguintes questões dirigida às crianças: a) Se e como elas entendem esta comunicação persuasiva?; b) Quais as suas leituras acerca do modo como a comunicação comercial, em especial a publicidade, as infuencia do ponto de vista da formação de seus hábitos de consumo (alimentares, de brinquedos, de eletrônicos etc.), de padrões estéticos (corporais, artísticos etc.) e de valores?; c) Nos relatos dessas crianças, é possível identificar que a exposição à publicidade tem sido um fator que colabora para a vivência de situações de aprendizado de que ordem?[73]

Como roteiro para elaboração das entrevistas foram considerados os seguintes eixos:

a) Dinâmicas de acesso à publicidade – visando entender as formas de contato das crianças com as mídias e em especial com a publicidade;

b) Compreensão da publicidade como discurso persuasivo e a relação com essa forma de comunicação – buscando identfcar as leituras das crianças acerca da publicidade;

c) Percepção da infuência da publicidade sobre sobre si, os amigos e pais – visan- do entender como as crianças se sentem em relação à infuência da publicidade em termos gerais e quanto ao desejo de compra;

d) Mediação dos pais e da escola – buscando identificar se a temátca da publicidade é tratada e de que forma é abordada no contexto familiar e escolar;

e) Apreciação da publicidade dirigida à criança e a defnição dos seus limites – bus- cando identfcar a visão das crianças sobre se a publicidade deveria ser dirigida a elas e/ou aos pais.[74]

73. "Publicidade infantil em tempos de convergência" Disponível em http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/publicidade_infantil.pdf. Acesso em 12 de mai. de 2017.

74. "Publicidade infantil em tempos de convergência" Disponível em http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/publicidade_infantil.pdf. Acesso em

Os dados resultantes dos depoimentos foram alicerçados em uma perspectiva interpretativa, na qual reconhece a criança como um sujeito de direito em desenvolvimento, notadamente produtor e receptor de cultura e “capaz de estabelecer, na sua relação com as mídias e a comunicação mercadológica, um processo de apropriação marcado também pelo contexto socioeconômico no qual se insere (...)”.[75]

O eixo central da pesquisa traz à tona a discussão acerca do impacto da publicidade voltada ao público infantil e os sentimentos advindos destas crianças e adolescentes quando frustradas em seu direito de consumir. As narrativas infantis ao longo da pesquisa demonstraram níveis de insatisfação extremos, englobando entre outros adjetivos a ira, a inveja, a tristeza, a necessidade de possuir para se inserir. Os sentimentos relatados pelas crianças participantes são descritos não somente em relação aos pais, mas também nas relações com os amigos. Em um dos pontos centrais dos dados apresentados pela pesquisa, vislumbra-se um testemunho infantil contundente causado pela exclusão e pelo não ter, *ipsis literis*: *“Com vontade de roubar dele”.* O desabafo infantil acima confirma a hipótese conclusiva da pesquisa para qual: “O consumo, portanto, vai além do fator mercadológico, possui um papel classificatório, promovendo inclusão e exclusão de indivíduos em determinadas categorias e grupos sociais. Essa característica pode ser ainda mais perversa para crianças da faixa etária deste estudo (9 a 11 anos), que se encontram numa fase de afirmação de quem são e a que grupos pertencem”. Cabe trazer à colação trecho do relatório da pesquisa que confirma a produção de sentimentos negativos em rela-

---

12 de maio de 2017.

75. “Publicidade infantil em tempos de convergência” Disponível em http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/publicidade_infantil.pdf. Acesso em 12 de maio de 2017.

ção aos familiares e aos amigos e o desejo de romper com os meios legítimos para alcançar a meta do ter:

> Independente do contexto econômico e social das crianças, a publicidade, nos mais diversos espaços e suportes, promove o desejo de consumo e cultiva um imaginário positvo em relação ao produto, contudo, sem considerar as desigualdades sociais que permeiam nossa realidade social. Nesse cenário, muitas crianças dizem que se sentem frustradas, tristes e iradas ao não conseguirem o que desejam com base no que vêem na publicidade. Esses sentimentos traduzem um nível de insatsfação extremo, que as leva a desejarem ir embora de casa, não falar com a mãe e até mesmo "esganar os pais", gerando confitos familiares. Um fator preocupante também é quando esse desejo resulta em atitudes que põem a segurança delas em perigo, como, por exemplo, pegar o cartão de crédito do pai, sem autorização, e ir ao shopping sozinho fazer compras. O sentimento de frustração das crianças é agravado, em muitos casos, pela exclusão promovida por seus colegas que têm o produto desejado. Várias crianças revelaram em suas falas a faceta perversa da invasão da cultura corporatva da infância na cultura lúdica infantl contemporânea, na qual as que não possuem os brinquedos "da moda" passam a ser discriminadas. Tanto na escola pública quanto na particular, quando os amigos apresentam produtos que elas desejam, mas não têm, muitas crianças relataram ficar chateadas; nutrirem os sentimentos de raiva, inveja e de inferioridade; e até mesmo terem tido desejos condenáveis de roubar o amigo ou quebrar a televisão que mostra o produto que ele tem. Se a chateação

> por não terem um objeto desejado é compreensível e, certamente, bastante comum, alguns sentimentos e desejos acima indicados são reveladores do nível de pressão a que essas crianças estão submetdas e do quanto o discurso desleal que associa posse e pertencimento é cruel em relação a elas, em especial em uma sociedade desigual como a brasileira.

Sendo assim, resta claro que a pesquisa nos apresenta o consumo infantil como um fato social consolidado e que traz consigo inúmeras consequências na vida de crianças, consideradas como sujeitos de direito em desenvolvimento. A exposição excessiva aos apelos de consumo, o ter como base para uma existência "feliz" se traduz como senha para ingresso e pertencimento ao mundo pós-moderno, responsável por rotular e etiquetar sociamente as pessoas.

Neste sentido, a partir dos conceitos de apelos para o consumo e impossibilidade social para o consumo, a violência na busca pela meta se estabelece valiosas:

Arrefecidos os freios que lhe eram imposto pela ética inerente à sociedade de produção e seduzida pelos infindáveis objetos postos à sua disposição num modelo social que só confere identidade ao que consomo, uma massa de indivíduos historicamente oprimidos e sem acesso aos meios legítimos de alcance dos padrões de êxito socialmente impostos movimenta-se ruidosa e violentamente em busca de visibilidade e do reconhecimento que sempre lhe foram negados. Pelo consumo – ou aparente poder de consumo- acredita ser possível igualar-se a seus antigos senhores, e muitos se dedicam com afinco a esse mister, ainda que para atingi-lo seja necessário o emprego da violência e o ingresso na criminalidade, que, diga-se, via de regra, não conduz ao êxito esperado. Se na sociedade de

produção o que importava eram os meios, na sociedade de consumo o rápido alcance dos fins justifica a tomada de qualquer dos caminhos que se apresente. (CUNHA, 2010, 160-161).

Para o atingimento desta meta cultural “ter” igual a “ser”, anteriormente vinculada apenas aos adultos, todas as formas para se chegar lá são permitidas, e até mesmo as que causem danos para si e para outrem. Há uma massificação dos sentimentos negativos entre eles, desejos infinitos de consumir, inveja, ira, tristeza, angústia e até mesmo a ocorrência de deslizes criminógenos. Há a disseminação da cultura do conflito nas relações sociais, entre eles, na escola, na família e na comunidade.

Assim, resta claro que o Marco Regulatório da Propaganda Infantil deve ser implementado no Brasil, à luz do Projeto de Lei 5.921/2001, de autoria do Deputado Federal Luiz Carlos Hauly, em discussão na Câmara há 16 anos. Para Isabella Vieira Machado Henriques (2008, p. 166), do Instituto Alana de São Paulo, apenas uma regulamentação específica teria forças para coibir a problemática, pois sem essa regulamentação, cabe ao Poder Judiciário resolver, casuisticamente, as questões levadas pelo Ministério Público ou pela sociedade civil organizada. Entrementes, importa esclarecer que não se trata de limitação à liberdade de expressão ou qualquer outro tipo de censura, mas sim a regulação de uma atuação totalitária e que objetiva apenas o lucro na venda de produtos e serviços.

Apesar da não aprovação do Marco Regulatório pela via legislativas, existem alguns avanços na questão, entre eles a Resolução 163/2004 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) dispondo sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, bem como as recentes e paradigmáticas decisões do Superior Tribunal de Justiça e Supremo

Tribunal Federal, coibindo a venda casada, a utilização de mascotes e o uso de técnicas persuasivas nas propagandas destinadas às crianças e adolescentes. (NASSAR & ANDREUCCI, 2016).

A partir de tal moldura urge destacar a necessidade imperiosa do debate e da conscientização da sociedade para o tema, que não se restringe ao âmbito da família, mas traz em seu delineamento a solidariedade na atuação sobre a problemática.

4. EDUCAR PARA A MUDANÇA: CONSCIENTIZAR É PRECISO!

No momento em que a sociedade elege como valor determinadas situações como, por exemplo, a ascensão social, o lucro, o enriquecimento a qualquer preço, sem propiciar uma correspondente oportunidade de se alcançar estes objetivos, cria-se um estado de anomia, no qual o cidadão não consegue, por vias legais, atender àquilo que os outros esperam dele. O espaço para a convivência e a politização necessário ao processo reflexivo dos indivíduos de uma sociedade foi substituído nos dias atuais pelos passeios aos grandes centros de compras. Conviver é consumir. Consumir é pertencer. Práticas de consumo são imputadas às crianças desde a tenra infância. Até mesmo o brincar foi substituído pelo ter. Temas como os ora tratados no presente artigo merecem pontuar as aulas da Educação Básica em uma visão transdisciplinar mostrando às crianças e aos jovens a importância de sua participação social na busca de um mundo sustentável.

Necessário se faz subverter esta ordem, para que a criança e o jovem percebam a necessidade imperiosa de sua formação e, também, participação no processo com vistas ao desenvolvimento futuro. Aqui a escola aparece como força motriz que vai ao encontro do processo de politização.

A educação é libertadora e pode funcionar como transformadora de paradigmas para as futuras gerações. Por mais otimistas que sejamos temos a certeza que o processo de transformação não é algo programável para pouco tempo. São mudanças a serem perpetradas logo, mas que serão alcançadas para as futuras gerações. A conscientização de crianças já na tenra infância e a proliferação de debates acadêmicos e pesquisas empíricas, como a ora tratada no presente ensaio, se constituem um primeiro passo para desafiar o problema.

Impõe-se, nesta nova era, a imperiosidade de se repensar os valores, as crenças, as posturas individuais e coletivas, o que inclui a necessidade de reorientação das práticas de consumo, sendo inegável que este processo, que inclui uma nova lógica do processo de acumulação de capital, é resultado de um conjunto de fatores preponderantes, dentre eles: informações, consciência, atitude, responsabilidades, valores.

Consumir, portanto, em vez de se constituir em uma atitude irrefletida ou alienada pode e deve ser um ato político, a ser enfrentado no campo educacional hoje. (Souza 2010). É indiscutível o papel desempenhado pela Educação, não apenas como mera transmissora de informações e conteúdos, mas principalmente, como força motriz na formação de cidadãos críticos, reflexivos e participantes do espaço político. Assim, sem sombra de dúvidas novas narrativas virão com foco no fortalecimento de crianças e adolescentes como essencialmente sujeitos de direito.

Acompanhando esse novo contexto, há que se registrar a importância da conjugação dos esforços da Comunicação, da Educação e do Direito na busca de uma interpretação construtiva da realidade para a apreensão dos valores propugnados como a *ultima ratio* das motivações legais e socioculturais, afinadas que devem estar com os anseios sociais e as exigências do bem comum. (NASSAR & ANDREUCCI, 2016)

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan & CARACIOLA, Andrea Boari. Criança como personagem central do consumo: a necessidade da reconstrução da infância. *In* CA

RACIOLA, Andrea Boari, ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan & FREITAS, Aline da Silva Freitas. **Estatuto da Criança e do Adolescente 20 anos**. São Paulo: LTr, 2011.

BAUDRILLARD. **O sistema dos objetos**. São Paulo: Perspectiva, 1993.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BERMAN, M. **Tudo que é sólido desmancha no ar. A aventura da modernidade.** Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BORDIEU, P. **O Mercado dos Bens Simbólicos**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.

CARACIOLA, Andrea Boari & CARACIOLA, Carolina Boari. A publicidade no Código de Defesa do Consumidor. *In* CARACIOLA, Andrea Boari, ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan & FREITAS, Aline da Silva Freitas. **Código de Defesa do Consumidor 20 anos**. São Paulo: LTr, 2011.

CARACIOLA, Carolina Boari. **Obsolescência programada**. Monografia de final de curso apresentado como exigência parcial no curso de Doutorado em Semiótica na PUC/SP, 2011.

CUNHA, Domingos Barroso da. **A crise do supereu e o caráter criminógeno da sociedade de consumo**. Curitiba: Juruá, 2010.

ESPERANÇA, J.A. & RIBEIRO, P.C.R. "**Mídia e consumo nas vozes das crianças: a produção de corpos infantis**". *Revista Linhas Críticas,* Brasília, DF, v. 20, n. 41, p. 189-208, jan./abr. 2014.

HENRIQUES, Isabella. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2008.

JOBIM E SOUZA, S. **Criança, consumo e cidadania: uma equação possível?** *A Revista da Educação Básica*. Ano 5, no 22, (jan-fev), 2009.

LINN, S. ***Crianças do Consumo: A infância roubada***. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio.** São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

MALKI, Yara. **Voracidade, consumo, frieza:a contribuição do esfacelamento da família para a possibilidade de formação do Sujeito**. FACOM, n. 17, 1º semestre de 2007, p.2.

MONTIGNEAUX, N. **Público alvo: crianças, a força dos personagens e do marketing para falar com o consumidor infantil.** São Paulo: Negócio, 2003.

NASSAR, Paulo & ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. **Shrek e Bauducco chegam à corte: novas narrativas de crianças como sujeitos de direito e a decisão paradigmática do superior tribunal de justiça brasileiro sobre propaganda dirigida ao público infantil.** Revista Signos do Consumo, v.8, n. 1, 2016.

Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana. **Por que a publicidade faz mal para as crianças**.Disponívelem:http://www.alana.org.br/banco_arquivos/Arquivos/downloads/ebooks/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf.

“**Publicidade infantil em tempos de convergência**” Disponível em http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/publicidade_infantil.pdf. Acesso em 12 de maio de 2017.

SILVA, V.A. *A* **Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil**. São Paulo: Instituto Alana. 2012.

NOVO PARADIGMA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Renata Bolzan Jauris
Lincoln Rafael Horácio
Nayara Rangel Vasconcellos

INTRODUÇÃO

A forma de interpretar o direito sofre influxos pertinentes ao contexto histórico e social em que está inserida. A ideia do julgador como mero reprodutor do texto legal e nele limitado, perfeita para os ditames liberais, deixa de ser suficiente para alcançar os ideais do Estado do Bem Estar Social. A concretização dos direitos fundamentais passou a tomar local de destaque no direito.

Ante a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, o caminho descoberto pela dogmática jurídica, passou a atribuir aos princípios importância decisiva: de meras diretrizes para a elaboração do texto legal, os princípios passaram a ser os atores principais na aplicação da lei.

As formas de resoluções de tensões entre princípios e regras, no entanto, dão ensejo a uma abertura interpretativa pelos julgadores que, se por um lado é o formato perfeito para a concretização dos direitos fundamentais, por outro, atribui um papel ao Poder Judiciário de principal definidor de políticas sociais, o que poderá ocasionar um intenso decisionismo.

A pesquisa, com base no método dedutivo visa identificar como forma de mitigar essa abertura intensa, e ao mesmo tempo permitir o influxo dos princípios com base em uma lógica racional argumentativa.

1. SOBRE O PRINCIPIALISMO

O marco histórico da idade contemporânea é a Revolução Francesa, com o advento do Estado Liberal sobre o Estado Absolutista. No campo do direito, a ideia da justiça, como único fundamento dá espaço para um direito abstrato criado pela razão humana, o qual poderia ser reduzido a escrito.

Trata-se da conjuntura histórica apta para o nascedouro do positivismo, que se apresenta como o jusracionalismo codificado, e que passa a vigorar em vários países europeus. O juiz é visto como mero reprodutor do texto da lei, lei esta que, para esta doutrina, continha todas as soluções. A tarefa do jurista seria mecânica, numa mera reprodução da solução legislativa. Esta visão é a base do Estado Liberal do século XIX, marcadamente subjetivista, individualista e voluntarista (ASCENSÃO, 2014, p. 19).

As constituições, a despeito de serem fonte de inspiração legislativa, não eram arcabouço para a defesa de direitos eis que não eram dotadas de força normativa e eram vistas basicamente como programas políticos. (SARMENTO, 2009, p. 116)

Com o desfecho da Segunda Guerra Mundial, no entanto, o papel do juiz, paulatinamente, deixou de ser o de mero repetidor burocrático do texto legal. Com a adoção das garantias, da autonomia e da independência, o Poder Judiciário adquiriu feições de verdadeiro poder. Nesse conjuntura, o papel interpretativo (não mais meramente declaratório) do magistrado como criador do direito toma contornos mais nítidos e as situações sociais em que as lacunas na lei surgem.

As constituições do período pós-guerra, se preocuparam com o fortalecimento da jurisdição constitucional ante a instituição de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, proteção esta inclusive quanto às investidas legislativas (SARMENTO, 2009, p. 117). Daniel Sarmento afirma que:

> Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito. (p. 117)

A nova concepção de Estado democrático de direito torna afirmação positiva do direito não mais suficiente, sendo necessário tornar seu desfrute efetivo. É inviável a delimitação do número de direitos, o que torna a separação política entre direito e moral fato ensejador de ilegitimidade das decisões políticas. A separação entre direito e moral, nesse sentido, tem mais motivações políticas que teóricas e o neoconstitucionalismo tem se tornado porta-voz dessas exigências de fundação, argumentação e justificação do direito e também das opções políticas que estão por trás. (DUARTE e POZZOLO, 2014, p. 16-20)

Nesse contexto surge a teoria principialista[76] que é uma política constitucional que indica não como o direito é, mas como o direito deve ser, e, sustenta a tese que afirma que as exigências interpretativas avançadas do neoconstitucionalismo

---

76. O termo principialismo – a despeito de não ser o mais comum para identificar o movimento (os termos mais comuns são neoconstitucionalismo e pós-positivismo) – será utilizado neste artigo, preferencialmente, por ser expressão da característica mais marcante e homogênea do movimento que é a grande importância conferida aos princípios na interpretação. Paulo Bonavides (2003, p. 264) explica que com o principialismo há uma acentuação da hegemonia axiológica dos princípios que passaram a ser considerados como "pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais".

são estritamente dependentes do modo em que tal doutrina concebe a Constituição. Afirmam Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo (2014):

> Sustento que o modo de interpretar a constituição é estreitamente relacionado com o modo de concebê-la, isto é, a metodologia interpretativa e suas exigências conexas não dependem da configuração, por assim dizer, neutra, objetiva ou verdadeira, mas sim de uma específica reconstrução neoconstitucionalista, em particular, da adoção do modelo prescritivo da Constituição como norma; e a partir daí derivam critérios interpretativos específicos, úteis para caracterizar a mesma doutrina neoconstitucionalista. (p. 78)

A concepção de Constituição principialista se caracteriza por adotar um modelo prescritivo de Constituição como norma, por considerar que o direito é composto também por princípios, pela a adoção da ponderação ou balanceamento como técnica interpretativa e ainda por dotar a jurisprudência de tarefa de integração e a Teoria do Direito de tarefa pragmática. (DUARTE e POZZOLO, 2014, p. 78/79)

De acordo com Humberto Ávila (2009) não há apenas um conceito de "neoconstitucionalismo" e, ante a diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas torna-se impossível construir uma teoria unitária do neoconstitucionalismo (principialismo), e que por esse motivo, inclusive, utiliza-se a expressão no plural para a indicação do movimento. A par da pluralidade das perspectivas em que pode ser estudado o neoconstitucionalismo, Humberto Ávila (2009) elenca algumas mudanças fundamentais. Vejamos:

> Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou me-

> ramente desejadas, em maior ou menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de "neoconstitucionalismo": princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).

Miguel Carbonell (2003, p. 9-10) afirma que o termo neoconstitucionalismo, seja no singular ou no plural, pode ser analisado sob duas óticas: como um fenômeno evolutivo com evidentes impactos no que se denomina de paradigma do Estado Constitucional; e como uma determinada teoria do Direito que se tem proposto num passado recente.

Para os principialistas os valores são expressão de um ideal moral universal e na aplicação do direito, substanciam-se no uso dos princípios, como razoabilidade, proporcionalidade e a técnica de balanceamento. O juiz passa a ter uma fisionomia positiva e propositiva face a obsolescência do instrumental teórico juspositivista. (DUARTE e POZZOLO, 2014, p. 81)

Aduzem Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo (2014, p. 82-84) que o ordenamento, para os principialistas, se reestrutura em três níveis, regras, princípios e procedimento. A plenitude do ordenamento se alcançaria pelo segundo nível (princípios) e a crítica ao direito positivo passaria então a evidenciar defeitos internos e objetivos do próprio sistema eis que a justiça se transforma em um dos elementos de validade

do direito positivo eis que a validade de uma norma comporta a expressão de um juízo de dever ser que implica razões para justificar ações ou decisões de natureza moral.

Paolo Comanducci (In CARBONELL, 2003, p. 75) utiliza-se da divisão do positivismo feita por Bobbio, e adequa ao neoconstitucionalismo (principialismo), classificando-o em três vertentes: neoconstitucionalismo teórico, neoconstitucionalismo ideológico e neoconstitucionalismo metodológico.

O neoconstitucionalismo teórico seria uma forma atualizada da vivência e da aplicação do constitucionalismo enquanto teoria do Direito. Haveria uma reconstrução dos ideais constitucionais, passando-se a observar como traços distintivos a positivação de um catálogo de direitos fundamentais ante a presença, na Constituição, de princípios e regras, e que preenche as lacunas (COMANDUCCI In CARBONELL, 2003, p. 84)

Quanto ao neoconstitucionalismo ideológico, ocorreria um distanciamento da ideia de constituição como instrumento de limitação do poder estatal, em contraposição se aproximando da ideia de constituição como instrumento garantidor dos direitos fundamentais. Esse movimento ocorre em razão de uma maior confiança depositada nos poderes estatais nos estados democráticos contemporâneos. (COMANDUCCI In CARBONELL, 2003, p. 85).

Já no neoconstitucionalismo ideológico há uma valoração do processo de constitucionalização, ao passo que propõe a sua defesa e ampliação e destaca a importância dos instrumentos de tutela dos direitos fundamentais. O principialismo ideológico é visto nas doutrinas de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Gustavo Zagrebelsky para os quais haveria uma reaproximação entre o Direito e a moral ao passo que haveria uma obrigação moral de obedecer à Constituição e às leis conformes à Constituição (COMANDUCCI In CARBONELL, 2003, p. 86). Trata-se de uma variante axiológica moderna do positivismo

ideológico do século XIX, que pregava a obrigação moral de obedecer à lei e, ao evidenciar uma especificidade de interpretação constitucional, promove consideráveis alterações no sistema das regras interpretativas.

O neoconstitucionalismo metodológico defende a existência de um elo essencial entre Direito e Moral, especialmente quando se trata de situações de direito constitucionalizado, quando os princípios e os direitos fundamentais seriam a ponte entre o Direito e a Moral (COMANDUCCI In CARBONELL, 2003, p. 87). O perigo desta concepção está justamente em aceitar como verdadeira a premissa de que uma norma moral justificaria uma decisão judicial uma vez que a moral seria equiparada ao normativismo.

Luis Prieto Sanchís (in CARBONELL, 2003, p. 123-158) também divide o neoconstitucionalismo em três esferas. O diferencial da teoria de Luis Prieto Sanchís é quanto o constitucionalismo como tipo de Estado de Direito.

Segundo Luis Prieto Sanchís no viés Estado de Direito o principialismo seria o resultado da convergência da concepção da Constituição como principal definidora das regras do jogo da função social e política e como garantidora dos mínimos existenciais que permitiriam assegurar a autonomia individual, baseada na ideia de supremacia constitucional e da que concebe a Constituição como a encarnação de um projeto político, com viés diretivo e com poder de transformação social. (SANCHÍS In CARBONELL, 2003, p. 125)

A despeito das críticas e falhas[77] apontadas com relação

---

77. O próprio Paolo Comanducci no texto aqui citado, "Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico" (In CARBONELL, 2003, p. 87-98) faz conclusões críticas a cada uma das vertentes. Aponta, resumidamente, a compatibilidade teórica entre o neoconstitucionalismo teórico e o positivismo metodológico, ante a troca de modelos de Estado ocorrida, afirmando que "...la teoría del Derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días" (p. 88) e se opõe as alterações propostas por Luigi Ferrajoli e Gustavo Zagrebelsky, as quais trariam uma reconstrução do padrão e das tarefas da teoria do Direito. Quanto ao neoconstitucionalismo ideológico, Paolo Comanducci critica a consequência

ao movimento constitucionalista o que se observa é que houve um grande avanço na maneira de conceber e tratar o direito e suas fontes, ante ao ressurgimento de uma teoria normativa na qual as normas não se reduzem a simples regras eis que se entrelaçam com princípios e valores. Houve grande avanço na teoria da interpretação, que passou a permitir o trato com normas de estrutura mais aberta e complexa, que exigem mais que simples subsunção para a sua interpretação. O principialismo inaugura um desprendimento da preocupação pura e simples com as estruturas formalistas para enfocar os conteúdos materiais dos direitos.

2 A MUDANÇA DE POSTURA DO JULGADOR

Durante o jusracionalismo codificado pós Revolução Francesa o papel do magistrado era limitado a ditar automaticamente a solução legal, de forma mecânica. Na primeira metade do século XIX surgem as correntes histórico-sistemáticas, cuja figura dominante foi Savigny, que a despeito do grande avanço em termos interpretativos, não privilegia a situação jurídica. Tem-se então o advento o positivismo jurídico, que caracterizou o direito pelo refinamento da técnica, com o isolamento do fenômeno jurídico em relação à realidade social. (ASCENSÃO, 2014, p. 19-20).

Este contexto é ideal para a estratégia de desenvolvimento traçada pela Revolução Francesa, ante a satisfação das camadas burguesas e a tranquilidade da prosperidade respaldada.

---

advinda da adoção da teoria, que seria a diminuição do grau de certeza do Direito derivada da técnica da ponderação dos princípios constitucionais e da interpretação moral da Constituição (p. 91). No que tange ao neoconstitucionalismo metodológico, a crítica de Paolo Comanducci se refere à tese de que qualquer decisão jurídica, especialmente a judicial, se justifica se, em última instância, derive de uma norma moral. Ressalta que acolher este entendimento geraria para o julgador problemas ontológicos e epistemológicos eis que ao juiz caberia escolher a norma que acredita ser moral, o que, – ante as divergências que também existem sobre a definição das normas morais – seria equivalente a deixar completamente nas mãos dos juízes o modo de fundamentar e justificar as suas decisões.

No entanto, com o advento da I Grande Guerra Mundial, foram alterados os sustentáculos sociais em que se baseavam as teorias interpretativas àquele tempo utilizadas pela ciência jurídica. (ASCENSÃO, 2014, p. 20)

Com o pós-guerra na Alemanha houve um despertar da sensibilidade social. Houve um clamor social pela adoção de um novo norte interpretativo, com base na conscientização da pessoa humana e surge então a Constituição de Weimar e a proclamação da função social. "Aperfeiçoam-se institutos como as cláusulas negociais gerais, que exprimem esta nova atenção prestada à substância dos regimes jurídicos." (ASCENSÃO, 2014, p. 20).

O movimento foi abruptamente interrompido pelo advento das ideias nazistas e facistas, principalmente em todo o continente Europeu, e somente recobrou as forças com o declínio da II Guerra Mundial, desenvolvimento do Estado do Bem Estar Social e posterior advento das ideias principialistas, garantistas e do juspositivismo crítico.

A realidade social, econômica e política que se impunha demonstra que o legislador mediante regras precisas não tem condições de acompanhar a fluidez das situações jurídicas que emergem. A variabilidade das circunstâncias do caso concreto e a imprevisão relativa aos fatos juridicamente relevantes torna impossível a manutenção de um sistema em que o magistrado tenha a função exclusiva de mecanicamente reproduzir textos normativos. Até porque, nas palavras de Pietro Perlingieri (2002, p. 73) "[...]os enunciados normativos expressos não são exaustivos em si mesmos: eles devem ser especificados em conformidade com o que dispõe a tábua de valores que é a base do ordenamento."

Mister se faz, desta feita, buscar diretrizes interpretativas para conferir maior segurança jurídica na interpretação e integração. A simples subsunção já não é mais cabível. O discurso argumentativo, através de uma sistematização racional que

eleva o grau de certeza ante a segurança jurídica obtida e a consequente pacificação social. (NERY, 2004, p. 302).

O discurso que está contido em uma decisão judicial precisa estar fundado em razões. As razões precisam ser consentâneas com o Estado Democrático de Direito como forma de organização jurídica, eis que são incabíveis argumentos baseados tão somente em poder político ou autoridade. Exige-se do Magistrado, para a legitimação das suas decisões, o argumento racional baseado na força persuasiva das razões para a demonstração do ponto de vista, os quais deverão ser publicamente expostos. (MARTINS, 2011, p. 214-215)

Nesse sentido, a coerência, tanto entre os argumentos utilizados na decisão e na interpretação dos fatos postos, e destes inseridos no ordenamento jurídico como um todo, é a principal justificadora das escolhas interpretativas feitas pelo juiz e, consequentemente, resultará na atribuição de racionalidade e legitimidade a decisão.

Em outro giro, com o principialismo emergiu uma nova dogmática constitucional que, Luis Roberto Barroso (2004, p. 325), afirma ser "designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais". Para que as leis fossem reputadas válidas, passou-se então a exigir não só o atendimento dos aspectos formais de produção da lei, mas também a coerência de seu conteúdo frente os princípios constitucionais (FERRAJOLI, 2003, p.7), que "passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico" (BARROSO, 2004, p. 325).

O principialismo, visto sob a ótica de concepção de um modelo de Estado Constitucional de Direito, sendo que a Constituição passa a ser transformadora de modo a condicionar a decisão da maioria – enquanto no constitucionalismo tradi-

cional os direitos fundamentais eram pressupostos da democracia, no principialismo os direitos fundamentais funcionam, muitas vezes como limitadores da democracia.

A partir da nova dogmática jurídica consagrou-se o entendimento de que as normas em geral (com especial relevo para as normas constitucionais), seriam divididas em duas espécies, princípios e regras. A distinção conceitual entre princípios e regras passou a ser o arcabouço da teoria normativo-material dos direitos fundamentais e uma forma de estabelecer limites da racionalidade no âmbito do direito. Nesse sentido surgem as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Para Ronald Dworkin tanto as regras quanto os princípios "apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem" (2002, p.39). As regras, se válidas, são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all or nothing*), ou seja, verificada a validade da regra, a resposta por ela oferecida deve ser aceita, e, sendo inválida, a regra não poderá ser considerada pelo julgador.

Já os princípios, Ronald Dworkin esclarece que anunciam "uma razão que conduz o argumento em uma certa direção", e que precisam de uma decisão particular (2002, p. 41). Os princípios não determinam a decisão, mas somente os seus fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de princípios. Portanto, as consequências jurídicas decorrentes do preenchimento das condições estabelecidas pelos princípios não são verificadas automaticamente e nem de forma prévia. (DWORKIN, 2002, p. 40).

Os princípios, diferentemente das regras, possuem uma dimensão de peso (ou importância), que devem ser aferidas na hipótese de colisão, quando se deve sopesar quais deles é mais importante para o caso, mas sem que isso implique

na perda da validade daquele princípio que deve ceder. As regras, por sua vez, constatado o conflito, a resolução se dará através da aplicação dos critérios de resolução de antinomias para se verificar qual é válida e quais deverão ser abandonadas (DWORKIN, 2002, p. 42 e 43).

Robert Alexy, por sua vez, a despeito de ter adotado grande parte das Ronald Dworkin, especialmente quanto a diferenciação entre regras e princípios (ALEXY, 2008, p. 114/116), diverge com relação a alguns pontos. Para Robert Alexy, a diferenciação entre regras e princípios não se dá apenas em razão de graduação, mas também por um critério qualitativo. As regras contém determinações do quadro fático e juridicamente possível, representando mandamentos definitivos, sendo tão somente cumpridas ou não quando válidas. Os princípios, por sua vez, não contem determinações, mas sim mandados de otimização e por isso tem o papel de ordenar a realização de algo maior, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. (ESTEVES, 2016, p. 143)

Robert Alexy (2008, p. 92 e 93) defende ainda que a diferenciação entre regras e princípios também pode ser observada no caso de conflito entre elas, sendo que no caso de conflito entre regras a solução se dará em razão de existir uma cláusula de exceção ou se uma das regras for declarada inválida. Já em se tratando de colisão entre princípios um dos princípios em jogo deve ceder, mas sem que isso implique na declaração de invalidade do outro: "o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta". O choque entre princípios se resolve através de ponderação, e não da subsunção. Há uma relação de precedência condicionada que consiste no caráter de norma de otimização conferido aos princípios, que podem ser cumpridos em diferentes graus e condicionados as possibi-

lidades reais e jurídicas. (ESTEVES, 2016, p. 146). Robert Alexy defende que (2008, p. 102) os princípios tem uma dimensão de peso e não determinariam diretamente as consequências normativas de forma direta, mas as regras sim.

A despeito das diferenças teóricas entre Ronald Dworkin e Robert Alexy, nota-se que as ideias desses autores fecundaram uma nova dogmática jurídica. Os princípios assumiram o papel de protagonistas no ordenamento jurídico, o que alterou todo o modo de pensar a ciência jurídica, que passou a reconhecer que os valores expressos pelos princípios integram e permeiam todo o sistema jurídico ainda que não positivados em um texto normativo (BARROSO, 2004, p. 338).

Com as doutrinas principialistas o Poder Judiciário assume posição de destaque. O protagonismo do papel do Judiciário se destaca em substituição ao protagonismo do legislativo. Isso não significa, no entanto, a supremacia dos tribunais sobre o legislativo, mas sim a busca do equilíbrio entre eles. O Poder Judiciário passa a ser convocado para resolver questões polêmicas que envolvem a aplicação de princípios constitucionais colidentes. A antiga técnica da subsunção já não é mais suficiente para, por si só, apresentar respostas a essas novas questões (hard cases). Trata-se do surgimento de uma nova dogmática jurídica.

"Mas o legislador não quer também deixar essas situações sem nenhuma previsão, com a indefinição que daí sempre resulta. Recorre então a conceitos indeterminados." (ASCENSÃO, 2010, p. 144) Os conceitos indeterminados de grande extensão, com conteúdo elástico, que deverá ser analisado caso a caso, permeando a ordem jurídica de orientações valorativas.

Os conceitos indeterminados, segundo José de Oliveira Ascensão (2010, p. 145) seriam as cláusulas gerais e os padrões jurídicos. O autor define as cláusulas gerais como recortes dentro dos conceitos indeterminados cujo conteúdo não se pode captar

por mera descrição e que somente é alcançado diante das características do caso concreto, ao passo que elenca a boa-fé como a cláusula geral de maior extensão. Os padrões, por sua vez, seriam tipos reais, que retiram seus traços da realidade, e é a observação da realidade que permite a reconstituição no caso concreto.

As cláusulas gerais são como normas orientadoras ou diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir eis que compete ao julgador preencher o sentido axiológico contido nessas cláusulas, devendo impor ao caso concreto a melhor solução, segundo seu prudente arbítrio, sem que existam soluções previamente fixadas no texto normativo.

Para Riccardo Guastini (2014, p. 73) a interpretação das cláusulas gerais devem seguir duas estratégias argumentativas: a) justificar a interpretação escolhida, não por um juízo de valor, mas sim pelo juízo de valor geral, alheio, mais precisamente as convicções morais socialmente aceitas; b) fundar a interpretação escolhida em um juízo de valor próprio, tacitamente pressuposto ante o caso concreto. O autor, no entanto, reconhece a dificuldade de se pretender que juízes e juristas façam investigações sociais empíricas para a comprovação do sentimento moral compartilhado pela população, além de existirem situações em que não há sentimentos morais comuns e conclui que na prática o que ocorre é que as cláusulas gerais são interpretadas pelos magistrados guiados pelos próprios sentimentos morais, que podem coincidir com a moral social, ou, ao menos, a sua percepção sobre ela.

Esses mecanismos exigem do juiz a valoração dos conceitos legais indeterminados permitindo uma atuação judicial criativa, o que é benéfico eis que amplia as possibilidades de resolução dos conflitos ao mitigar as injustiças provenientes de um sistema hermético e, ao mesmo tempo, gera preocupa-

ções eis que causam instabilidade jurídica seja por interpretações divergentes ou por eventuais excessos. Há o risco de que a crença do Poder Judiciário como único intérprete e solução para todas as inconsistências políticas e sociais poderá ensejar forte decisionismo em verdadeira interferência à tríplice repartição dos poderes e somente a aplicação coerente desse novo método hermenêutico poderia evitar.

Ocorre que a atuação do Judiciário assumindo o novo papel de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, não é ilimitada ou despida de qualquer freio. Isso porque o dever de racionalidade, ou seja justificação da tomada de decisão, é exigido do julgador com muito mais afinco.

É válido obtemperar ainda que muitas vezes a decisão judicial exerce a função de assegurar princípios maiores e, em razão disso, poderá, naquele estágio de desenvolvimento da sociedade, implicar numa posição contramajoritária, portanto, contrária a moral social reconhecida pela maioria. Ricardo Luiz Lorenzetti (2011, p. 185) afirma que "...a tarefa do juiz nesse caso é identificar os consensos majoritários e limitá-los quando transgridam direitos fundamentais."

O que se nota, portanto, é que com a dogmática jurídica encampada pelo principialismo, a interpretação e aplicação do direito passou a ter como ponto nodal a teoria dos princípios como norteadora e, como tal, o papel do poder judiciário assumiu especial destaque.

CONCLUSÃO

As constituições do pós-guerra inauguraram no constitucionalismo a intensa preocupação com o fortalecimento da jurisdição constitucional e com mecanismos de resguardar os direitos fundamentais. A partir dessa preocupação e como forma de supri-la, surge o principialismo, considerado como

uma política constitucional que sustenta a tese que afirma que as exigências interpretativas avançadas do neoconstitucionalismo são estritamente dependentes do modo em a doutrina concebe a Constituição.

A Constituição assumiu um modelo prescritivo como norma, eis que o direito é composto também por princípios, pela a adoção da ponderação ou do balanceamento como técnica interpretativa e ainda por dotar a jurisprudência da tarefa de integração.

A par dessa nova perspectiva nota-se que o papel do Poder Judiciário tomou grande destaque, emergindo como principal intérprete e aplicador das normas. Ocorre que a despeito das vantagens de um sistema alicerçado em conteúdos abertos, o que permite a interpretação e ponderação de acordo com o caso concreto e possibilita maior justiça, em outro giro, poderá também ocasionar extrapolação e até mesmo invasão do papel do legislativo.

Nota-se, portanto, que no contexto de ponderação e decisões baseadas em colisões entre princípios, exige-se do maior esforço argumentativo e obediência ao ordenamento jurídico, a constante axiológica definida pela Constituição, e não simplesmente a adoção de padrões morais próprios e desvinculados do ordenamento, sob pena de ocorrência de déficit de legitimação e consequente inexequibilidade das decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral, vol. 3: Relações e Situações Jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

____. **Um direito de cláusulas gerais? Sentido e limites.** In: Revista Judiciária do Paraná. Ano IX, n. 7. Curitiba: Editora Bonijuris, maio de 2014.

ÁVILA, Humberto. **"Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do Direito" e o "direito da ciência"**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 18 de janeiro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico.** In CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição.** 2ª ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEVES, Joao Luiz. **O comando político-jurídico da constituição**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro des estado de derecho.** In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da Decisão Judicial**. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. ROESLER, Cláudia Rosane. JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. **A noção de coerência na teoria geral da argumentação jurídica de Neil Maccormick: caracterização, limitações, possibilidades.** In: Revista NEJ – Eletrônica, vol. 16 – n. 2, mai-ago 2011.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) - Uma análise histórica e cultural.** Tese de livre-docência, São Paulo, PUC-SP, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil.** Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades.** In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MEDIAÇÃO FAMILIAR EM PAUTA: A CULTURA DO DIÁLOGO PARA A PRESERVAÇÃO DOS FILHOS NO TÉRMINO DA RELAÇÃO DOS GENITORES

Tauã Lima Verdan Rangel

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É notório que, historicamente, o âmbito familiar vem passando por diversas mudanças, perceptíveis, inclusive, na própria acepção original de evolução da sociedade. Verifica-se, até meados do século passado, que o casamento estava alicerçado em uma feição exclusivamente patrimonial, sendo que a figura do patriarca desempenhava papel preponderante na influência da escolha do cônjuge da prole. Com o passar dos tempos, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, a percepção patrimonialista do matrimônio foi sendo, paulatinamente, alterada, sobretudo pelos influxos sociais de uma sociedade em constante evolução. Ainda no século passado, denota-se que houve uma desconstrução da tradição posta, estabelecendo uma nova moldura nos vínculos matrimoniais, valorando, sobremaneira, o afeto e o amor, em detrimento, por via reflexa, da cultura patrimonialista outrora estabelecida.

Com isso, o tradicional casamento, que era indissolúvel, por ser patriarcal e tradicional, comportou a desconstituição, refletindo os anseios e interesses da coletividade que passaram a influenciar, de maneira direta, no ordenamento jurídico nacional, sobretudo as normas condizentes com o Direito das Famílias. Neste passo, denota-se a inclusão do instituto do divórcio, inserido no ordenamento nacional pela 6.515/1977. Posteriormente, o sobredito instituto foi positivado no artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, havendo, inclusive, a supressão de um lapso temporal para a sua aplicação. Salta aos olhos, a partir do painel apresentado, que o ordenamento jurídico, de maneira geral, buscou salvaguardar o fato de ter uma sociedade com relações mais fluídas, dinâmicas e, por vezes, efêmeras.

De outro ângulo, é possível identificar, também, uma banalização do divórcio, ou seja, os cônjuges, por incompatibilidade de ideias e convivência, estão, cada vez mais, se utilizando do instituto em comento para finalizar o matrimônio, abandonando, corriqueiramente, qualquer diálogo para a abordagem dos problemas. Assim, em que pese a autonomia das vontades dos cônjuges, por vezes, os problemas mal resolvidos tendem a ser projetados diretamente na prole, que passa a ser utilizada como mecanismo de punição e retaliação entre os cônjuges. Trata-se de uma coisificação dos filhos para punir o cônjuge que, teoricamente, foi o responsável por desencadear o processo de divórcio, acarretando uma série de consequências danosas para a formação daqueles.

Assim sendo, o presente artigo se debruçará, a partir de uma metodologia pautada na pesquisa bibliográfica, em analisar a caracterização dos métodos extrajudiciais no tratamento de conflitos, partindo de uma premissa que o conflito, por si só, não é algo ruim, mas sim é potencializado pela ausência

de métodos aptos a tratar a questão como algo inerente ao ser humano. Igualmente, em um segundo momento, o artigo discorrerá sobre a tradicional cultura adversarial empregada na estrutura processual pátria, propondo o emprego de mecanismos tradicionais da extrajudicialidade para a condução do conflito, em especial o empoderamento dos indivíduos envolvidos e na edificação de uma cultura do diálogo e da corresponsabilização. Por fim, o artigo trará para o debate a aplicação da mediação nos conflitos familiares, com o escopo de estabelecer uma preservação mais acentuada da prole nos casos em que o divórcio decorre de maneira litigiosa e os cônjuges tendem a utilizá-los como mecanismos de punição recíproca.

1. CARACTERIZAÇÃO DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS[78]

Os meios extrajudiciais para o tratamento de conflitos vêm sendo cada dia mais utilizados. Mediante ao cenário alarmante que se encontra o meio judiciário, os métodos extrajudiciais são os principais meios para o tratamento de um conflito de modo prático sem que seja necessário enfrentar a longa fila dos Processos Judiciais. Relatório da Justiça em Números de 2013[79] mostra que em 2012 mais de 92 (noventa e dois) milhões de processos estavam em tramitação. Com tamanho número de processos, é notório que o Poder Judiciá-

---

78. No presente, será empregada a expressão "tratamento" ao invés de "resolução" de conflitos, perfilhando ao entendimento apresentado por Fabiana Spengler (2010, p. 26), no qual os conflitos sociais não são passiveis de serem "solucionados" pelo Poder Judiciário na acepção de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou mesmo esclarecê-los. Tal fato deriva do princípio que a supressão dos conflitos é algo relativamente raro. É rara, também, na ótica adotada, a plena resolução das causas, das tensões e dos contrastes que originam os conflitos. Deste modo, a expressão "tratamento" apresenta-se mais adequada na condição de ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito, objetivando uma resposta satisfatória.

79. BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 27 mai. 2017.

rio tem se demonstrado ineficiente para a solução de todos os conflitos sociais, familiares, trabalhistas e afins. Assim sendo, a busca dos métodos extrajudiciais se apresentaria como uma solução viável a tratar específicas demandas.

Tradicionalmente, os meios extrajudiciais são caracterizados, em especial nos países de tradição *civil law*, por serem alternativos ao Estado-juiz, nos quais as partes escolhem uma terceira pessoa (árbitro, conciliador ou mediador) para auxiliar no tratamento do conflito. Ao lado disso, os métodos em análise privilegiam a autocomposição, sendo de preponderante importância o papel desempenhado pelo terceiro imparcial escolhido pelos indivíduos diretamente envolvidos no conflito, auxiliando no alcance de um resultado (laudo arbitral, acordo ou consenso) que reflita diretamente os anseios dos envolvidos.

A busca pelos métodos extrajudiciais se dá também pelo fato do sistema judiciário não ser capaz de acompanhar a todas as mudanças sociais, estando diretamente vinculado ao ordenamento jurídico estabelecido e os malefícios advindos de um moroso processo de renovação legislativa. Desse modo, é fato que nem toda decisão judicial corresponde ao contexto social; ao reverso, comumente o pronunciamento emanado pelo Estado-juiz reflete as concepções ideológicas, religiosas e morais do magistrado, em consonância com o ordenamento jurídico estabelecido e não os anseios daqueles que estão diretamente envolvidos nos conflitos.

Ora, há que se reconhecer, imperiosamente, que a sociedade está em constante alteração e adotar decisões pré-estabelecidas não irá tratar o conflito social que se altera sempre, porquanto, repise-se, não refletem a realidade em que os conflitos estão inseridos, mas sim o entendimento jurídico, conjugado com os valores morais, religiosos e éticos do magistrado.

A mediação é uma das maneiras mais democráticas de tratamento de conflito. Neste as partes irão dialogar para que estabeleçam o que é melhor para elas. É característica deste método a busca pela responsabilização compartilhada, isto é, através do diálogo as partes entenderão que não há certo ou errado no conflito e irão buscar estabelecer um consenso. A mediação como meio de tratamento de conflitos extrajudiciais é muito confundida com a conciliação. Em contrapartida com o que é pregado pela conciliação, o mediador neste método não irá interferir no diálogo. O mediador terá o dever de estabelecer o diálogo, funcionando como veículo entre as partes. O tratamento do conflito não irá partir do mediador, mas sim pelas partes que determinarão se há ou não um consenso.

A mediação não é um novo sistema de tratar os conflitos. A característica da mediação é o estabelecimento de diálogo entre as duas partes para que estas cheguem a um acordo. Para isto, é necessária a imagem de um mediador, um terceiro e imparcial que irá estabelecer o diálogo. Tal método vem sendo redescoberto mediante a crise no judiciário. A tarefa da mediação é desconstruir a imagem de disputa entre réu e autor. Neste modo de tratamento não haverá um vencedor ou perdedor. O diálogo e o acordo que irão estabelecer irão excluir qualquer possibilidade de beneficiamento de apenas uma parte. A mediação é um excelente método de tratamento de conflitos onde exista uma relação continuada, tal como é entre vizinhos ou então divórcio em que os cônjuges tenham filhos, por exemplo. .

Esse método se caracteriza por ter privacidade, ou seja, o local onde está ocorrendo a mediação só será divulgado caso as partes concordem em revelar. Porém, esta privacidade também pode ser quebrada em casos onde haja uma ordem judicial ou que seja de interesse público e este estabeleça a necessidade de saber onde está ocorrendo o processo. É destacável

também o fato da oralidade ser um importante objeto a ser trabalhado nesse processo. Em conflitos onde haja uma relação e cotidiana e as partes venham a entrar em um conflito é necessário que seja estabelecido o diálogo. Por vezes, o conflito que chega ao mediador seja um, porém, exista uma série de outros motivos e aquele seja apenas a ponta de um "*iceberg*". Assim sendo, a mediação muitas vezes trata de conflitos onde o emocional está envolvido, e por vezes, uma das partes ou ambas estejam com este fragilizado.

É visível que a mediação não está preocupada por dar uma solução rápida ao conflito. O mediador é responsável por ouvir as partes e analisar também o emocional destas. Porém, enquanto está atuando no caso, o mediador não tem a personalidade de médico, psicólogo, juiz, advogado ou policial. O objetivo dele é articular o diálogo e escutar imparcialmente as partes. O mediador nesses casos terá o dever de estabelecer o diálogo e descobrir qual foi o verdadeiro motivo que resultou no conflito. Esse é um aspecto que diferencia a mediação dos casos que seriam tratados no sistema judiciário tradicional. Na Corte tradicional o juiz não terá tempo, e por vezes falta de interesse, de saber qual é o real motivo do conflito.

Uma decisão judicial nesses casos não seria adequada, tendo como fato de que apenas uma decisão foi tomada e não o conflito tratado. A probabilidade de o conflito voltar a tramitar no judicial é grande. Desse modo, o objetivo do mediador é fazer com que o conflito seja resolvido, entendendo todos os motivos para o surgimento do conflito e assim evitando que o mesmo venha voltar no futuro. O conflito pode ser evitado futuramente, pois as partes neste processo terão autonomia para a decisão do que julgam ser apropriadas a elas. Desse modo, é prezada a soberania das partes em sua decisão podendo esta satisfazer as partes e reaproxima-las.

A mediação é um método, por vezes, mais rápido que os processos tradicionais. Isso faz com que a solução do conflito venha a ser estabelecida de forma rápida e com um baixo custo, tendo em vista que em processos tradicionais, quanto mais tempo é levado para o julgamento, mais é gasto. Tendo estas características sobre a mediação é importante conhecer também a figura do mediador. Este é imparcial e será selecionado de acordo com a ocasião, ou seja, poderá ser estabelecido entre indicações das partes ou por indicação estatal.

É importante ressaltar que existem dois tipos de mediação, seriam elas a *Mediação Voluntária* e a *Mediação Mandatória.* A *Voluntária* é estabelecida a partir do momento em que as partes concordam que tal processo é o melhor caminho para o tratamento do conflito. Neste as partes irão procurar a Câmara de Mediação ou outro órgão que possa auxiliar nesse processo. Porém, existem casos em que o juiz obriga as partes ou que em alguma cláusula contratual venha a exigir a mediação. Esta é definida então como *Mediação Mandatória.* Quando estabelecida a mediação Mandatória perde-se um dos princípios para o estabelecimento da mediação, que é a vontade das partes de tratar o conflito entre elas. Com o estabelecimento obrigatório deste é necessária a autonomia das partes para decidir se querem ou não levar o processo adiante

Mas voltando à figura do mediador, confere a ele a tarefa de ser um facilitador no diálogo entre as partes. Para isto, é necessário que ele tenha uma capacidade de estabelecer um diálogo justo, sem que fuja do caminho que ruma ao acordo. É necessário que durante a comunicação, ele estabeleça os limites das partes, sem que exista ali um campo de batalha. É necessário que o mediador transmita uma imagem de segurança e confidencialidade para que as partes possam ser mais abertas e sinceras no diálogo.

A imparcialidade do mediador é algo fundamental para que nenhuma injustiça seja tomada. Essa imparcialidade fará com que a decisão das partes seja prevalecida e assim o conflito futuro irá ser prevenido. O processo de mediação não possui um prazo para que o conflito seja solucionado. Este pode se findar em meses ou em anos. O tempo para tratamento do conflito irá de acordo com o diálogo entre as partes. Durante todo o processo, o mediador deverá prezar pelo fortalecimento do diálogo entre os mediandos, sem que seja necessária a formalidade. Porém, para o encerramento do conflito e de maneira que venha simbolizar o tratamento do conflito e do processo de mediação, é necessária certa formalidade. Essa formalidade vem para selar o fim do conflito e garantir que esse não venha ocorrer novamente.

2. A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA ADVERSARIAL E A PROMOÇÃO DO DIÁLOGO: O EMPODERAMENTO DOS ATORES PROCESSUAIS E A CORRESPONSABILIZAÇÃO COMO PARADIGMAS PARA SUPERAÇÃO DA BELIGERÂNCIA CONFLITUOSA

É notório que, na sociedade atual, a crescente busca por resoluções de conflitos através do judiciário vem causando problemas institucionais. Além das consequências na instituição, fragilizando esta com o crescente número de processos, é destacável também a consequência que esta busca tem causado na sociedade. Não raro são encontradas pessoas que decidem dar inicio a uma ação judicial com objetivo de estabelecer uma "batalha" contra outra. Nesta "batalha" o objetivo, por vezes, não é estabelecer a justiça e sim buscar formas de punir a outra pessoa. Trata-se, com efeito, da materialização da cultura adver-

sarial do processo, na qual as partes processuais estabelecem, nas páginas do apostilado processual, um campo de guerra, em busca do estabelecimento do ganhador e do perdedor.

A imagem autor e réu, vencedor e perdedor, faz com que se busque a "vitória" judicial sobre a outra parte. É notória certa competição com o objetivo de diferenciar o "vencedor" do "perdedor". Caso a sentença do juiz não venha a "agradar" a uma parte, seja por motivos de insatisfação, alegação de injustiça ou outros, haverá uma nova ação judicial. É notório que o objetivo por vezes não é o estabelecimento de justiça e sim o uso do judiciário como arma contra a outra parte. O pronunciamento emitido pelo Estado-juiz passa a ser analisado, pelas partes envolvidas no litígio, como elemento que justifica ou não o posicionamento assumido, logo, caso a sentença não seja harmoniosa com os interesses de uma das partes, dá-se início a uso desmedido e indevido dos recursos para postergar a concreção da coisa julgada.

Tendo em vista estes casos nos quais é perceptível uma adversariedade entre as partes, o melhor caminho é o estabelecimento do diálogo para tratamento de conflito. É comum que o tratamento do outro como adversário esteja carregado de um sentimento que faça com que a pessoa aja de tal maneira. Por vezes, o sentimento de indignação, constrangimento e/ou vergonha faz com que o sujeito venha através da "vitória" judicial punir a outra parte com o objetivo de tentar satisfazer e confortar o seu sentimento diante do conflito. Essa cultura adversarial é prejudicial para a sociedade. Tendo este problema, o estabelecimento do diálogo entre as partes seria a forma de demonstração de cidadania, democracia e maturidade entre as partes.

Como analisado anteriormente, a mediação possui, dentre outras características, o estabelecimento de diálogos para o tratamento de conflito. É provável que este seja a melhor maneira de tratamento de conflitos onde é encontrada a cul-

tura adversarial entre as partes. Com o reestabelecimento do diálogo é possível analisar as causas e situações enfrentadas pelas partes para o surgimento do conflito. Tendo estabelecido isto, é necessário o empoderamento dos atores judiciais. Não fragilizar e nem fortificar uma parte é fundamental para que seja preservada a justiça e a democracia e que não seja prejudicada alguma parte. Acerca deste assunto, Kleba e Wendausen dissertam, afirmando:

> O empoderamento pessoal possibilita a emancipação dos indivíduos, com aumento da autonomia e da liberdade. O nível grupal desencadeia respeito recíproco e apoio mútuo entre os membros do grupo, promovendo o sentimento de pertencimento, práticas solidárias e de reciprocidade. (KLEBA, WENDAUSEN, 2009, s.p.)

Neste sentido, é responsável ao mediador o dever proporcionar a confiança para o estabelecimento da liberdade e autonomia entre as partes. Quanto mais chances as partes tiverem de dialogar acerca do conflito maior é a possibilidade do tratamento deste ao ponto que o consenso irá ser gerado aos poucos. A importância do empoderamento durante do tratamento de impasses é a extinção da figura adversarial. Dado o momento em que é prezado o empoderamento, as partes poderão dialogar com liberdade e autonomia acerca de suas visões sobre o conflito. Assim sendo, a busca pelo consenso será mais acessível. A corresponsabilização é outro importante aspecto para extinguir o conceito adversarial em um conflito. Esta é utilizada durante todo o processo de mediação. Assim sendo, é notória a existência da corresponsabilização: no surgimento do conflito, no estabelecimento do diálogo e nos métodos de tratar o conflito.

A corresponsabilização durante o tratamento do conflito, não irá responsabilizar apenas uma parte por ser o culpado ou causador do conflito. Existe aqui a corresponsabilidade das partes. Ambas agiram de um modo que passou a existir o conflito. O conflito, por vezes, não é causado por intenção de apenas uma parte. É fato que o conflito só chega a um estado insuportável, a ponto de buscar tratamento, a partir do momento em que as duas partes passam a alimenta-lo. Assim sendo, é notável que existe a corresponsabilidade das partes pelo conflito ter surgido. Outra forma de corresponsabilização é encontrada durante a busca pelo tratamento do impasse. Mediador e mediados são corresponsáveis pelo andamento do diálogo, sem que este venha a ferir a outra parte ou que, tendo em vista o contexto, a outra parte não se esforce para chegar em um consenso. Embora corresponsáveis, é empregado a cada um uma responsabilidade diferente.

Por fim, é empregada a corresponsabilidade também no que se deve aos métodos para o tratamento do conflito. Não será empregada a apenas uma parte o dever de cooperar para o cumprimento do consenso estabelecido. É de corresponsabilidade das partes o dever de cumprir o acordo gerado. Ao descumprir este, é provável a restauração do conflito. Assim sendo, é visível que o estabelecimento da corresponsabilização e do empoderamento vem auxiliar no tratamento do conflito e desmanchar os paradigmas pré-estabelecidos. Com o emprego destes dois mecanismos, é provável que o conflito venha a ser tratado de forma saudável, excluindo assim a figura adversarial e promovendo a paz entre as partes.

Neste aspecto, insta analisar que o conflito social não deve ser analisado como algo maléfico, capaz de causar deterioração da estrutura social e da harmonia tradicionalmente perseguida pelo Direito. Ao reverso, trata-se de fenômeno corriqueiro e

desencadeado pelo convívio em sociedade, sendo, portanto, imprescindível para o próprio desenvolvimento dos envolvidos. Nesta perspectiva, salta aos olhos a imprescindibilidade do amadurecimento da ótica envolvendo os conflitos, em especial no que concerne ao amadurecimento de seu tratamento pelos indivíduos, amadurecendo-os na cultura do diálogo.

3. MEDIAÇÃO FAMILIAR EM PAUTA: A CULTURA DO DIÁLOGO PARA A PRESERVAÇÃO DOS FILHOS NO TÉRMINO DA RELAÇÃO DOS GENITORES

Como analisado anteriormente, é comum na sociedade a visão adversarial quando iniciado um conflito. Em casos envolvendo familiares esta ainda é uma visão frequente, ainda mais quando o assunto é divórcio ou rompimento da união estável em que haja filhos. Com destaque, há que reconhecer que as famílias enfrentam um processo de instabilidade, uma vez que as mudanças ainda não foram assimiladas pela sociedade de um modo geral. Os familiares ainda não conseguem administrar as diferenças que estão surgindo em meio aos novos modelos de entidade familiar.

Consoante dicciona Rangel e Silva (2012, p. 04), o Estado, sobrecarregado, apresenta-se incapacitado de solucionar situações dotadas de ampla complexidade quanto à relação entre o vínculo jurídico e emocional das pessoas envolvidas em processos de divórcio e dissolução de união estável. “As partes envolvidas acabam discutindo questões afetivas no espaço até agora destinado unicamente à discussão de aspectos jurídicos e patrimoniais” (BRAGANHOLO, 2005, p. 71). No mais, quadra anota que, não raro, é encontrada nesses casos a utilização dos filhos como ferramenta a atingir o ex-cônjuge. Através de distorções da imagem e mentiras contadas aos filhos, busca-se na prole uma arma a fim de ferir e sensibilizar a outra parte. Ao ser alienado

pelo genitor, o filho passa a ter uma visão deturpada sobre os pais, e este passa a ser a maior vítima do conflito.

Sob esta ótica, é viável a utilização da mediação com a finalidade de estabelecer o diálogo, empoderando as partes e corresponsabilizando-as de modo que através do estabelecimento de consenso estas não venham a se utilizar da prole como meio de punição. A mediação nestes casos, preponderantemente, será abordada por pessoas com ciência em direito, psicologia e/ou serviço social. Isto se dá pelo fato de se tratar de um assunto delicado, onde não há apenas um conflito de ordem jurídica, social ou psicológica, por vezes, a mediação com o foco familiar irá encontrar todos estes aspectos. Nesta toada, cuida trazer à colação o entendimento apresentado por Fuga, em especial quando frisa:

> A mediação familiar é uma prática para restabelecer relações, quando tudo indica que a família está desmantelada por consequência da dissociação entre o homem e a mulher, tentando minorar os prejuízos para os filhos. Com a intervenção da mediação familiar, é possível compreender que a separação e o divórcio não significam a dissolução da família, mas sua reorganização. [...]. **Em matéria de família, só consegue avaliar bem o que ocorre quem está passando pelo sentimento, seja de amor, de ódio ou indiferença. Por isso, são as partes as únicas que podem interpretar seus afetos: nem o advogado, nem o juiz, nem o mediador podem fazê-lo. Por isso, a sociedade civil tem afrontado tanto o direito de família. O amor não pode ser interpretado por normas.** (FUGA, 2003, p. 75-79)

Para isso, é necessária uma cautela e moderação para que não venha a causar danos aos envolvidos. É necessário frisar

que o conflito enfrentado, neste caso, o divórcio, é algo de responsabilidade entre os cônjuges. A utilização dos filhos como mecanismo de ataque a outra parte é algo imaturo. O estabelecimento do diálogo como mecanismo ao tratamento do conflito requer das partes e do mediador um controle emocional. Ao buscar tratar pessoas que já tiveram grande vínculo afetivo, o tratamento se torna mais fragilizado. Para isto, é necessária do mediador uma visão, não apenas jurídica, mas principalmente psicológica. Ao lado disso, este olhar psicológico não deve estar voltado apenas às partes. As crianças também são acometidas de uma sobrecarga emocional. Em casos de divórcio, nos quais o conflito está potencializado, infelizmente, é encontrada a síndrome de alienação parental, sendo considerado tal ato como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Em consonância com a Lei nº 12.318/2010, são formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência

deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós

É necessário ao mediador nestes casos, analisar também o estado emocional da criança. Tendo em vista uma possível alienação acerca de um de seus genitores é necessária a desconstrução dessa imagem. Buscando assim caminhos para estabelecer o diálogo acerca disto. Tal alienação gera diversas consequências a criança, destacando-se o distanciamento com o seu genitor. A criança vítima dessa alienação irá, por vezes, recusar sair, visitar ou até mesmo conversar com o seu genitor. A criação de uma imagem distorcida faz com que a repulsa aconteça.

É necessário então que, durante o período da mediação, seja dialogado entre as partes de forma que qualquer imagem que tenha sido formada de forma distorcida sobre o outro genitor venha a ser desconstruída. Desta forma, estará sendo preservado o psicológico da criança ou adolescente. Assim sendo, a identificação de uma alienação parental pode ser difícil a ser percebida por um operador do direito. Desta forma é identificada a importância do psicólogo e/ou assistente social no processo de mediação familiar. São estes que, por vezes, estarão mais aptos a identificar e buscar tratar o problema adequadamente. Isto posto, além do tratamento do conflito gerado pelo divórcio ou rompimento da união estável, estará sendo preservado a integridade psicológica da prole, de modo que esta não venha a ser utilizada como ferramenta por um genitor para atingir o outro.

CONCLUSÃO

Historicamente, é encontrada a caracterização de adversariedade após o rompimento do matrimonio. Assim sendo, são poucos os casos que após o término do relacionamento

as partes conseguem dialogar pacificamente acerca do futuro a ser enfrentado. Discute-se ao invés de conversar acerca dos caminhos a seguir. Embora com a evolução da sociedade esta imagem de adversariedade em casos que envolvem a tutela dos filhos esteja sendo, aos poucos, quebrada, a vontade de estabelecer o diálogo é pequena. A mediação familiar através do estabelecimento do diálogo entre os cônjuges visa proteger, principalmente, o psicológico dos filhos e o tratamento do conflito. Não seria saudável, maturo e nem democrático usar do rompimento matrimonial como forma de adquirir alguma vantagem sobre a outra parte.

Com o rompimento da relação do casal é comum, na visão tradicional brasileira, ver a outra parte como inimiga no processo. Desta forma, por vezes, a criança acaba se tornando uma ferramenta para atingir a outra parte, com o intuído de fragilizar e ferir psicologicamente a outra parte. Como debatido, a mediação tem como caráter primordial o estabelecimento do diálogo de modo que o conflito venha a ser tratado. Nos casos em que há o rompimento matrimonial este diálogo se encontra fragilizado. Após certo período da vida dos cônjuges em que houve uma mútua confiabilidade entre eles e essa confiança venha a ser quebrada, a mediação se torna algo difícil.

A mediação é eficaz quando acionada de forma voluntária, e nestes casos em que há um conflito tão frágil e conturbado são raros seu acionamento voluntário. De certa forma, quando existir uma mediação o foco do mediador será tratar o conflito, com a utilização do tempo que for necessário. Durante a mediação familiar é necessário atentar a todos os conflitos que estão a ser tratados, sejam eles emocionais, de honra ou até mesmo de tutela. O tratamento de forma séria desses conflitos vai prevenir com que o conflito venha a ressurgir no futuro. Afinal, este deve ser o objetivo principal da mediação: tratar o conflito de forma

que ele não venha a ressurgir posteriormente. Tratar o conflito na forma do diálogo como proposto na mediação, faz com que surja na sociedade um espirito democrático.

A exclusão da imagem de réu, juiz e autor faz com que ocorra a corresponsabilização e o empoderamento das partes, para que nenhuma venha a ser prejudicada. É democrático e demonstra maturidade. Tratar o conflito de forma civilizada e dialogada faz com que o consenso reflita de fato a vontade das partes e não uma decisão de terceiros que não são capazes de compreender o conflito em sua totalidade. A mediação tem que ser explorada cada dia mais para que conflitos sejam tratados de forma que não venha a prejudicar a outra parte. A descaracterização da adversidade, a promoção do diálogo e o estabelecimento do consenso fará com que não haja consequências em terceiros – filhos – e tratará do conflito sem a interferência do Estado, trazendo a autonomia às partes e tirando ela do Estado.

REFERÊNCIAS:

BRAGANHOLO, Beatriz Helena. 2005. Novo Desafio do Direito de Família Contemporâneo: A Mediação Familiar. **Revista CEJ**, v. 9, n. 29, p. 70-79. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/665/845>. Acesso 27 mai. 2017.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 27 mai. 2017.

____________________. **Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e a altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.**

FUGA, Marlova Stawinski. **Mediação familiar**: quando chega ao fim a conjugalidade. Passo Fundo: UPF, 2003.

KLEBA, Maria Elisabeth; WENDAUSEM, Agueda. **Empoderamento:** processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902009000400016>. Acesso em 27 mai. 2017.

OLIVEIRA, Magnolia Bandeira Batista de; SOUZA, Mércia Cardoso De. O instituto da conciliação e sua importância para a efetiva prestação jurisdicional: estudo sobre o mutirão "Conciliar também é seguro" do Fórum Clóvis Beviláqua. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9403&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 27 mai. 2017.

RANGEL, Tauã Lima Verdan; SILVA, Daniela Juliano da. A mediação familiar enquanto mecanismo de proteção dos influxos traumáticos do término das relações conjugais. II Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades (CONINTER). **ANAIS**..., Belo Horizonte, 8-11 out. 2012, p. 1-16. Disponível em: <www.2coninter.com.br>. Acesso em 27 mai. 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à mediação:** por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

OPODER E GOVERNAMENTALIDADE: UMA ANALISE DO DIREITO À SAÚDE, E DA SUA PUBLICIZAÇÃO.

Vanessa Velasco H. Brito

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa apresenta o conceito de biopoder, biopolítica e governamentalidade de inspiração foucaultiana, que tem sido utilizado em muitos campos das ciências sociais para analisar e compreender o estabelecimento da verdade através do poder político.

Uma parte importante dessa discussão centra-se numa abordagem sobre as modalidades de exercício de poder e as de aquisição e transmissão do saber. E é através dessas modalidades que será feita uma analise mais estrita das relações entre o poder público, o direito à saúde como direito fundamental e a dinâmica da publicização da saúde à luz da desses conceitos.

Os modelos empregados pelo Estado para a execução da gestão da saúde sofreram inúmeras alterações ao longo da evolução humana. Tais mudanças ocorreram em decorrência de novas ideias, novas relações econômicas, bem como de novas verdades apresentadas pelo exercício do poder.

As políticas públicas e o trabalho governamental se tornaram mais complexos, novas atividades passaram a ser exigidas do Estado, como a regulação e promoção do crescimento econômico e a diminuição da desigualdade social.

O sistema único de saúde foi criado com a função de promover a universalidade e a equidade a todos os cidadãos, funciona por repasse de verba da União aos Estados e dos últimos aos municípios, constituindo um sistema descentralizado. Os serviços podem ser prestados diretamente pelo Estado ou por terceiros.

Ocorre que, a partir da década de 90, diante de um cenário de limitações de recursos do Estado para o financiamento de diversos serviços essenciais à população, o serviço público de saúde passou a encontrar dificuldades para prestar um atendimento de qualidade ao cidadão, o que culminou na implementação de novas formas de administração pública, como é o caso do modelo gerencialista.

De acordo com Bresser Pereira (1998) o setor público apresenta um excesso de normas e procedimentos, bem como uma grande concentração de serviços que acabam engessando a máquina pública, e apresenta o gerencialismo como uma medida para desafogar o Estado e melhor cumprir seu papel no cenário globalizado.

A escolha desse modelo de gestão da saúde pública que se baseia no argumento de que o Estado falido transfere a sua responsabilidade de execução dos serviços públicos a organizações sociais sem fins lucrativos, sem se eximir da responsabilidade relativa à fiscalização e controle dos resultados obtidos nas ações de saúde executados, trará benefícios significativos para aqueles entes públicos que vem sofrendo com a falta de verba?

1. A ARTE DE GOVERNAR E AS CONTRIBUIÇÕES DE MICHEL FOUCAULT

Há mais de quarentas anos atrás, em 1973, famosas conferências foram proferidas por Michel Foucault no Brasil. Nesse

período do seu pensamento, conhecido como genealógico, o filósofo busca questionar toda relação causal estabelecida entre os acontecimentos, tentando marcar uma sequência com vários eventos que teriam origem e evolução ao longo do tempo.

Para Foucault, a questão de todas as genealogias é a do poder, seus mecanismos, efeitos, relações e dispositivos que se exercem nos diferentes domínios da sociedade. As ideias, para ele, não são marcadas unicamente por interesses políticos de uma classe dominante, isso porque àquelas são, na verdade, as produtoras de mecanismos de dominação.

Ao considerar a experiência política, Foucault afirma que ela não se resume apenas ao que se passa na Administração Pública, pois o poder encontra-se disperso por toda parte, como nas ciências, nas instituições e inclusive no seio familiar.

O objetivo do filósofo foi mostrar, através de suas conferências, que as práticas sociais podem produzir domínios do saber que consequentemente fazem nascer novas formas e diferentes sujeitos de conhecimento, e esses sujeitos tem a sua própria história e a sua própria verdade.

Para ele "esse saber não se impôs a um sujeito de conhecimento, não se propôs a ele, nem se imprimiu nele, mas fez nascer um tipo absolutamente novo de sujeito de conhecimento" (1926-1984). E conclui:

> O conhecimento foi, portanto, inventado. (...) O conhecimento não constitui o mais antigo instinto do homem, ou, inversamente, não há no comportamento humano, no apetite humano, no instinto humano, algo como um germe do conhecimento. De fato, diz Nietzsche, o conhecimento tem relação com os instintos, mas não pode estar presente neles, nem mesmo por ser *um* instinto entre os outros; o conhecimento é simplesmente o resultado do

> jogo, do afrontamento, da junção, da luta e do compromisso entre os instintos. É porque os instintos se encontram, se batem e chegam, finalmente, ao término de suas batalhas, a um compromisso, que algo se produz. Esse algo é o conhecimento.

É nesta direção que a presente pesquisa busca seguir, na incumbência de pensar a importância conferida ao Estado na definição do plano do poder, tendo como objetivo problematizar a publicização dos serviços públicos de saúde. E para melhor compreender a sintonia entre a emergência do Estado representativo moderno e a concepção do homem que sustenta as propostas das medidas gerencialistas na saúde, é profícuo se retomar as teses genealógicas de Foucault.

A arte de governar, que explode no século XVI e se difunde até o final do século XVIII, para o filósofo, não é manual de conselhos ao príncipe ou tratados de ciência política, essa constitui em diferentes possibilidades de governar os outros e de governar a si mesmo. Assim como na pastoral católica e protestante, tem-se o governo das almas e das condutas, na pedagogia do século XVI tem-se o governo das crianças, na política tem-se a questão do governo do Estado pelos príncipes.

As questões fundamentais, nesse período, passam pelos seguintes questionamentos: como deve se governar, como ser governado, como governar os outros, como fazer para ser o melhor governo possível?

Essa multiplicidade de atos de governar do século XVI tem de um lado uma política de resistência, derivada da crise do sistema feudal, e com a criação dos Estados Adminitrativos e Territoriais; e de outro, uma dispersão e dissidência religiosa provocada pela Reforma e Contra-Reforma, que teve como maior consequência o questionamento sobre que maneira o indivíduo

quer ser governado na busca da sua salvação. E esse questionamento foi comum em vários outros âmbitos, tais como: o individual, social, pedagógico, filosófico e médico.

Foucault, ao apresentar a maneira mais adequada de compreender essa multiplicidade das artes de governar, ele se opõe ao livro de Nicolau Maquiavel, *O Príncipe (2002).* Isso porque, para Maquiavel o soberano será bom, se for eficaz, capaz de permanecer no poder para conseguir a estabilidade do Estado, ainda que submeta outros príncipes.

A crítica do filosofo é a de que nesse caso o que se procura salvaguardar é a relação do Príncipe àquilo sobre o qual ele exerce sua dominação, ou seja, o poder do Príncipe sobre seu território, sobre sua população; não sendo, portanto, a conservação do Estado em sim mesmo.

Ao contrário de Maquiavel, para o qual somente o soberano governa, Foucault apresenta o livro *Le miroir politique (1567)* de Guilherme La Perrière, onde para ele o termo "governante" é atribuível a uma pluralidade de agentes, como: o governo das almas, das crianças, da província, inclusive o governo de si mesmo. Para Foucault (2004a, p. 98):

> Há, pois, ao mesmo tempo, pluralidade das formas de governo e imanência das praticas de governo em relação ao Estado, multiplicidade e imanência dessa atividade que a opõe radicalmente à singularidade transcendente do Príncipe de Maquiavel .

Entende, o filósofo, que as relações de poder consistem num campo de múltiplas possibilidades de mesma natureza, como agir sobre uma coletividade, sobre as ações de outros governantes, até sobre o agir da própria conduta.

No século XVI, portanto, as artes de governar estavam presas a esse modelo econômico estreito, inconsistente e frágil da família, e somente no século XVII elas serão pensadas a partir de estruturas mais amplas e rígidas da soberania. Elas aparecem, de fato, no Ocidente, juntamente com o fenômeno do aumento da população no século XVIII, que foi conduzido a um tipo de poder exercido através do governo dos outros, convertendo, inclusive a forma de atuação do Estado.

Ou seja, de Estado de justiça da Idade Média, para um Estado Administrativo dos séculos XV e XVI, e por fim, para o Estado governamentalizado. Já o capitalismo, do século XVIII e XIX, teve uma grande importância, ao estender os mecanismos de poder, como é o caso da medicina social.

Em “O nascimento da medicina social” (1984ª, p. 79), o filósofo reconstitui três etapas na formação da medicina social, quais sejam: a medicina de Estado, a medicina urbana e a medicina da força de trabalho.

Como medicina de Estado, que se desenvolveu na Alemanha em meados do século XVIII, Foucault denomina a organização de um saber médico estatal realizada a partir do regramento normativo da profissão médica e a sua integração ao aparelho administrativo.

Já o desenvolvimento da medicina urbana se dá, segundo ele, pela associação ao discurso e saber das ciências extra-médicas como a química e a biologia, sobre o controle do ar, das condições de vida, diante da necessidade de se encontrar respostas e soluções aos problemas advindos das cidades.

É nesse contexto que surge o desenvolvimento da higiene pública – salubridade -, no século XIX, que segundo o filósofo é a base material e social capaz de assegurar a melhor saúde possível dos indivíduos (1984ª, p.93).

Diante do rápido desenvolvimento econômico industrial e do proletariado, na Inglaterra, Foucault se baseia no sistema desse país que relacionava três aspectos da medicina: a assistência médica destinada aos pobres para torná-los menos perigosos à classe rica, o controle de saúde da força de trabalho e a analise cuidadosa da saúde pública (1984ª).

No século XVIII surgiu a medicina clínica e cresceu o mercado médico diante das demandas de clientes que buscavam atendimentos clínicos e terapêuticos. Em contrapartida, foi o período em que novas doenças surgiram – com o crescimento demográfico europeu ocorrido à época – e aos governos passa a ser colocado como problema político e econômico. Ou seja, é apresentada a necessidade de se coordenar e integrar mecanismos de controle na saúde. O corpo social, segundo Foucault, surge a partir da materialidade do poder exercido sobre o corpo dos indivíduos (1984ª, p. 145):

> O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política.

Assim, a finalidade precípua do Estado era garantir a saúde significativa para o Estado, ou seja, assegurar capacidade de produção para o desenvolvimento econômico, para defesa e ataque militar.

O filósofo afirma que o marco transformador da relação do Estado e saúde da população se dá no período pós-guerra, com a implantação do Plano Berveridge (1942), que foi utilizado como modelo para outros países na organização dos seus sistemas pú-

blicos de saúde. A saúde aparece como um novo direito, uma nova moral, uma nova política, uma nova economia do corpo:

> o direito do homem de manter seu corpo em boa saúde se converte em objeto da própria ação do Estado. Por conseguinte, os termos se invertem: o conceito de indivíduo em boa saúde para o Estado é substituído pelo de Estado para o indivíduo em boa saúde (FOUCAULT, 2010a, p.168).

É no século 18, portanto, que a preocupação com o controle da população realiza este desbloqueio das artes de governar, criando as condições para uma ação ampliada de governo que Foucault designa por “governamentalidade”.

Historicamente, o direito à saúde tem vivenciado movimentos sociais que perpassam por diferentes articulações entro o Estado e a sociedade. No Brasil, as mudanças sociais pelas quais passamos nas últimas décadas foram significativas, destacando-se entre elas a inserção do cuidado médico com a saúde de todos os cidadãos no elenco dos direitos fundamentais presentes na Constituição da República Federativa do Brasil. De acordo com o artigo 196 da Carta Maior “a saúde é direito de todos e dever do Estado”.

O Estado governamentalizado vai se caracterizar, assim, por inserir a saúde no interior dessas táticas de poder que são a Constituição e as demais normas regulamentadoras. E do investimento político na saúde pelo biopoder vislumbra-se o verdadeiro discurso sobre a saúde, a saúde como direito humano.

2. DA PUBLICIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Na segunda metade da década de 1980, em meio a uma onda ideológica neoliberal, surgiu na Grã-Bretanha, a chama-

da Reforma Gerencial do Estado, também chamada de Reforma da Gestão Pública, inspirada nas estratégias de gestão das empresas privadas, com o intuito de tornar os administradores públicos mais autônomos e responsáveis, e as agências executoras dos serviços sociais mais descentralizadoras.

No Estado Liberal do século XIX a administração pública se limitava a exercer as funções de polícia e de justiça, e só aumentava a carga tributária em momentos de guerra. Na democracia liberal via-se um Estado pequeno com uma administração ainda burocrática sendo aplicada. Quando o Estado aumentou de tamanho, restou configurada a tamanha ineficiência da administração pública na prestação de seus serviços, e o aumento do custo dos serviços impôs a adoção de novas medidas, como a reforma gerencial.

O que o Estado social busca é a publicização da oferta dos serviços de educação, saúde e previdência social, tornando coletivo o seu consumo. Mas para isso o Estado precisa ser capaz de oferta-los não apenas de forma efetiva, mas eficiente. Ocorre que já estava configurada na administração pública que os custos estavam altos e a prestação do serviço ineficiente.

A resposta a essa constatação foi a Reforma Gerencial apresentando o desafio de modificar a forma de administrar os serviços públicos, transferindo a oferta desses serviços para organizações sociais sem fins lucrativos que recebem recursos do Estado e são controlados através de um contrato de gestão, tornando o Estado o gerente responsável pelos resultados dos serviços prestados.

Essas organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com finalidade de desempenhar determinados serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público. Já o contrato de gestão é um instrumento jurídico criado pelo legislador para

definir as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e das organizações sociais.

A publicização, então, representa a transferência de um serviço não essencial prestado pelo governo a uma instituição particular em que ela passa a ser a responsável pela execução do serviço, e essa transferência é realizada mediante um contrato de gestão entre o poder público e uma Organização Social Civil de Interesse Público (OSCIP).

A legitimação do Estado Social pela Reforma Gerencial pode ser observada não apenas na Grâ-Bretanha, durante o governo de Margareth Thatcher, que levou ao governo um administrador do setor privado (Dereck Rayner) para comandar seu plano de reforma administrativa (ABRUCIO, 1997); também temos exemplo no Brasil, no governo de Fernando Henrique Cardozo, criada através do Programa Nacional de Publicização, por meio da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

Bresser Pereira (2005) algumas características básicas desse modelo "gerencial":

> Algumas características básicas definem a administração pública gerencial. É orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários são merecedores de grau limitado de confiança; como estratégia serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos.

Pelas características apresentadas, onde o paradigma está fundamentado nos princípios da confiança e na descentralização de decisões, e principalmente na satisfação dos usuários, pode-se concluir que esse perfil é o oposto da visão da burocracia tradicional a qual atuava de forma engessada.

O Programa Nacional de Publicização tem o intuito exatamente de fazer absorver pelas organizações sociais as atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas áreas ligadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Seria, portanto, esse o caminho a ser percorrido a fim de melhorar a garantia de acesso e integralidade do sistema único de saúde? Isso porque é inquestionável a maior flexibilidade administrativa de que dispõe as Organizações sociais, tanto na autonomia para definição de procedimento de compras e contratos, quanto no uso do orçamento. Essa flexibilidade possibilitaria maior eficiência na gestão da saúde, e consequentemente atenderia satisfatoriamente toda a população.

Nesse contexto é possível exemplificar o caso do Hospital Geral do Grajaú, localizado na periferia da zona sul da cidade de São Paulo, da rede de Hospitais Sarah como modelos de referência de publicização na saúde. A cidade de Uberlândia/MG também já adotou essa modalidade de prestação de serviço. No caso da cidade do estado de São Paulo, verificou - se que a publicização de serviços de saúde possibilitou atendimento satisfatório à população de sua região e maior autonomia à instituição na gestão e alocação de recursos (TIBÉRIO et al, 2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar na publicização da saúde no contexto das políticas públicas não pode ser, na atualidade, um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento. Isso porque as formas jurídicas e sua evolução no campo da saúde demonstram claramente a necessidade de se estudar novas medidas para auxiliar na efetivação plena desse direito fundamental. Como diz Foucault:

> O historiador não deve temer as mesquinharias, pois foi de mesquinharia em mesquinharia, de pequena em pequena coisa, que finalmente as grandes coisas se formaram. À solenidade de origem, é necessário opor, em bom método histórico, a pequenez meticulosa e inconfessável dessas fabricações, dessas invenções. (1926-1984)

Temos, assim, um tipo de estabelecimento da verdade totalmente ligado à gestão administrativa. O questionamento que se faz é se essa verdade, advinda da análise das transformações políticas da sociedade contemporânea, apresenta uma forma regular, segura e eficiente de gestão da saúde pública. Ela gera benefícios ao governo e à sociedade?

Esse instituto apresentado através da reforma gerencial pode ser uma alternativa viável para a melhoria da qualidade dos serviços de saúde, mas precisa ser analisado com circunspecção.

Apesar das experiências apresentadas pelos casos concretos de sua implantação e eficiência, ainda há desconfianças e críticas a essa transferência do serviço público, ao se afirmar que o papel estatal acaba por ser reduzido a um simples agente que promove a iniciativa privada.

Para àqueles que encontram nesse instituto a verdade, defendem que a publicização não pode ser confundida com uma privatização, já que a execução do serviço será realizada por uma organização social mantida por recurso público, e mais, haverá o controle direto do Estado.

Observa-se que, com a publicização, ter-se-á: (a) uma rápida contratação de médicos, enfermeiros e demais funcionários, diante da desnecessidade de processo seletivo; (b) a aquisição célere de medicamentos e materiais, já que não dependerá de toda a burocracia do processo licitatório; (c) uma distribuição de recursos

de acordo com os critérios adotados pela instituição, sem necessidade de seguir a execução orçamentária governamental.

Em contrapartida, esse modelo de gestão abre brechas para uma gestão sem transparência, que passa a ter um lugar de destaque, visto que a corrupção não só enfraquece a legitimidade dos governos, mas também a moral pública.

Além disso, o ônus dessa gestão diferenciada traz mudanças não só na maquina administrativa, mas também na coletividade. E, ao invés de solucionar os problemas financeiros vividos pelo SUS, pode lhe causar prejuízo enquanto instituição se não aplicada de maneira responsável.

A conclusão que se tem é que a publicização dos serviços públicos de saúde é uma medida excepcional e de grande repercussão nos momentos de crise financeira, contudo, assim como qualquer mudança de gestão política e administrativa a ser realizada, deve ser feita sob um controle moral "pelas classes mais altas, pelos detentores do poder, pelo próprio poder sobre as camadas mais baixas, mais pobres, as camadas populares" (Foucault, 1926-1984). A moral deve ser um instrumento do poder-saber.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASENSI, Felipe Dutra; DE PAULA, Daniel Giotti**. Tratado de direito constitucional, volume I: constituição, política e sociedade**. 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Elisevier, 2014.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação.**/ Felipe Dutra Asensi./ Curitiba: Juruá, 2013.

BRESSER-PEREIRA, L. C. **Da administração pública burocrática à gerencial**. In: BRESSER-PEREIRA, L. C; SPINK, P. (Org) *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FOUCAULT, Michel, 1926-1984. **A verdade e as formas jurídicas** / Michel Foucault; tradução Eduardo Jardim e Roberto Machado – Rio de Janeiro: Nau, 2013.

__________., **O nascimento da clínica** / Michel Foucault; tradução de Roberto Machado, - 7. Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

__________., **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984a.

________., **Crise da medicina ou crise da antimedicina**. Velve, v. 18, 2010ª.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEDAUAR, Odete; LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Coletânea de legislação administrativa. São Paulo: RT, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 790p. ______. Mandado de Segurança – ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, «habeas data». 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

SCHIMITT, Alcione Vicente. O Programa Nacional de Publicização. Jus Navegandi, 20 fev 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/8994/o-programa-nacional-de-publicizacao-pnp

TIBÉRIO, Amanda Alves; SOUZA, Erica Macedo e SARTI, Flávia Mori. O processo de publicização da saúde no estado de São Paulo: o caso do Hospital Geral do Grajaú (SP). II Congresso Consad de Gestão Pública, 2009. Disponível em: < http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_II_congresso_consad/painel_45/o_processo_de_publicizacao_da_saude_no_estado_de_sao_paulo.pdf >